

The course of
the rule of law

法治的历程

苗延波 著

新华出版社

版权信息

书名:法治的历程

作者:苗延波

ISBN:9787516624043

新华出版社出版

中信出版集团制作发行

前言

什么是法治？这个问题无论在中国还是世界上，是自有了法律人之后就始终困扰着他们的最老大的问题。无数的学者不惜为之皓首穷经，奋斗不息。而这确实又是研究法律和法治问题必须首先问津的问题。

综观各个时期的思想家们在对于法治概念的理解中，比较集中一点就是：法律的统治，或者法律之治。用现在的话说，就是“依法办事”，“依法治国”。这个说法得到比较普遍的认同。而我认为，这种把法治界定为法律的统治，或者依法之治的观点，不仅没有真正地解释清楚法治究竟为何物的问题；更没有把握住法治的核心内容。这种观点只不过是说出了对法治这个词的字面上的理解，而没有把握住法治的内在本质的东西，也可以说仅仅说出了法治的外在表象——或者说其手段——依法治国。我认为，“法律的统治”或者“依法之治”，仅仅是对于法治的字面的理解，充其量仅仅是说出了法治在形式上和实施方法上的要求和特征——不是以个人的力量和智慧，而是以反映了全体公民意志的法律规则为治理国家的方法和工具。而如果要真正界定法治这个词，还需要我们重新地思考这个问题。

我认为，法治的基本含义可以概括为：一个国家以现行的法律制度（体系）为基础的，治理国家和社会的基本理念、思维方式、实施方法和最终的目标、状态及结果的完整的综合体。总之，法治是以现行法律体系为基础的一种治国理念、一种思维方式、一种治国方法、一个治国目标。它实质上是人类所追求的一个理想社会，是一种哲理性的思辨。如果按照法治的要求来评价的话，人类社会当今所有的政体皆非严格意义上的法治社会。法治社会距离人类的现实生活还十分

地遥远，它是人类自由社会的先驱，人类只有经历过了法治社会，才能进入人类最高之理性社会——“自由之天国”。因为，只有到了法治的理念深入社会和人心，并且成为了人类的一种生活方式的那一天，人类步入自由天国的理想才能真正实现。而且，就目前世界的现实情况而言，我认为，法治的核心乃是对于政府强制力行为的约束和限制。

法治实质上是一种状态和过程。法治是法律被贯彻、运用、遵守的一种状态。这种状态是法律在处于动态中的过程和表现，静态中的法律产生不了法治的状态，它顶多是法治的前提，没有法律作为前提和基础，根本也就谈不上法治。因为，法治是法律被贯彻、适用、执行和遵守的过程。没有这个过程，也就产生不了法治的状态和结果。所以说，法律的被贯彻、执行、适用、遵守的过程，就是法治或者说法治的状态。这就是法治的本质。可见，法律是法治的基础，法治则是法律适用的标准和结果。

但是，法律是不稳定的，它作为人定法，不可避免地会产生专制的权力，他极有可能会侵犯人的尊严和基本权利；而法治的任务则是在努力尽量地减小由法律产生的专制的可能性和危险性。因此，对法律提出法治的要求，就是要防止这种危险的发生。所以，如果从实现的方式及其与法律的区别来看，法治除了具有消除或者减少法律产生的专制的积极性的一面之外，其还具有被动和消极性的一面。它必须依赖于法律，法律是它的前提和条件，没有自成体系的、合理的、完整的法律体系作为前提和条件，就根本谈不上法治。从这一点来说，法治是法律的延续和发展，法律则又是法治的前提和条件。

但是，如果要全面理解法治的概念和含义，及其功能、特征、价值等基础理论问题，我们还得从人类历史发展的长河中，去回顾一下法治所走过的那漫长而又令人回味无穷的不寻常的历程。

我们在研究法治的历程之前，首先需要明确法律的起源问题。早在人类原始社会阶段就已经产生出来的原始习惯和原始戒律，是人类

法律及法律文明的直接来源。而这些原始习惯和戒律，则又直接来源于人类在社会生活过程中对于社会秩序和生活规则的强烈需求。

法律与国家一样都是人类社会发展到一定阶段的产物，都是人类文明的重要组成部分。法律的萌芽和出现，是要早于国家出现的时间的。国家对于法律的发展起到了重要的作用，但是，国家完全不是法律出现的源头，那种传统地认为法律与国家同时出现的观点是不符合历史发展的事实的。法律及法律文明是人类文明的重要的组成部分，研究法律的发展过程，首先需要研究人类的发展历程，法律的发展历程是人类社会发展过程的必然产物，也是人类在长期发展的过程中对于所积累的政治和社会的经验的一种总结，它来源于社会，并且服务于社会，它所反映和表现出来的基本原则和具体内容，皆是人类和社会发展的产物和结果。因此，我们在研究法律现象时，必须要认真了解和掌握各个国家、各个民族在不同的发展时期和发展阶段的特点，否则，就得不出正确的结论，甚至会走向事实的反面。

古代西亚地区是世界法治文明的摇篮。现在已被人类社会所认可和正在适用的诸多法治精神、制度、规则，均来源于古代西亚地区，那被人类已经热炒了数百年的古代希腊、罗马的很多法律制度的渊源也来于此。我们绝对没有理由忽视对于这个地区法律文明的研究和重视。它们是架接人类古代法治文明与现代法治文明的重要的桥梁和纽带。如果说古代希腊和罗马的法律制度是欧洲法治文明的摇篮，那么，古代西亚地区的法治文明则完全可以看做是整个人类世界法治文明的摇篮之一。古代西亚地区成功地将“君权神授”理念播撒于人间；成功地把神的意志与人间的习俗融合起来；隐含了诸多的现代法律规范的精神、观念及其基本制度的影子。因此，不论从人类法治文明的具体理念、典章、制度的渊源的层面，还是从对人类法治文明发展历程的影响力的层面，古代西亚地区的法治文明，是人类法治文明进程中当之无愧的极其重要的发祥地之一，在世界人类法治文明史上占据着极其重要的、不可替代的地位。

古代希腊的文明是人类文明史上一朵耀眼的奇葩，它的文明的成果至今仍在深刻地影响着当今世界。尽管希腊没有形成统一的国家，但是希腊的文化特点鲜明突出，成为西方文化的基础。从法治的角度，古希腊是世界上第一个公民能参与国事的国家。这样的民主政治以自由和平等为条件，言论自由使批评和涌现新思想成为可能。它所创造的雅典政制体系，是迄今为止我们所知道的人类最早的民主政治体制。这种政治体制带给后世以深刻的影响，欧洲文艺复兴之后所兴起和倡导的政治体制，应当看做是雅典政制的延续和发展的结果。古代希腊政制体制应当是后世欧洲政治体制和政治文明的摇篮。直到今日，人们只要一提起古代的民主制度，首先想到的就是古代希腊雅典所创设那套政制体制。它的巨大的历史影响力直接推动了全人类法治文明的进程，是人类文明史上一盏永垂不朽的、异常闪烁的智慧之灯。苏格拉底、柏拉图、亚里士多德这些伟大的名字同样是古希腊的骄傲，他们所创立和提出的闪耀着伟大智慧的法哲学和政治学、自然科学的基础理论和思想，更是古希腊遗留给后人的不可多得的精神财富。这些精神精品至今仍焕发着熠熠光彩。而把实在的事物抽象化，提出种种似乎不可能实现的幻想，恰恰是古希腊文明的主要特点。因此，直至现在，人们还是认为，构建西方的现代法律思想的基础和来源仍然是古希腊的法律思想。如果欲追溯和研究西方的法律思想的起源及其内容和特点，也必须追根溯源到2000多年前的古希腊的法律思想体系。希腊文明完全可以看做是欧洲政制文明的前驱和摇篮；而我们所探讨的古代罗马所创立的以私法为核心的法律体系，则又成为了欧洲法律文明的摇篮。因此，我们似乎也可以得出这样的结论：如果说雅典式的政制文明是欧洲现代各国政治体制的滥觞，那么，罗马式的法律文明，则是欧洲现代各国法律文明体系的摇篮。正是这二者的结合，才构成了当今世界欧美地区的法治文明。

也许是精湛的建筑艺术激发了罗马人在构建框架、结构和体系方面的特殊才能，在法治方面，罗马人同样构建起了一座宏伟的大厦。除了共和国时期的公元前449年颁布的《十二表法》之外，在公元6世

纪颁布的《国法大全》则更是罗马奉献给人类的巨大的政治、法律财富。这个财富是引导人类走向更加辉煌、灿烂的法治文明的一个伟大的里程碑。因此，罗马法一直被认为是西方近代法律的先驱。查士丁尼宣告了古代世界的结束，在他的统治时期，罗马法第二次登上了其发展的顶峰。

从现实意义上来说，在西方社会，宗教与法律之间联系的纽带至今并未彻底丧失，两者都是从不同的方面关注着社会。只是，法律在社会中发挥着更为醒目的作用，而宗教则仍旧具有给一切信奉者提供生活意义的使命，它更偏重于给予人的尊严、自由、人人生而平等、信守个人的角色、尊重合法权威以及遵纪守法等等理性和理念化的精神食粮。在西方国家，我们仍然可以看到，民众对于宗教的信仰程度并未因为科学技术的飞速发展而减弱，相反，从一些著名的科学家、社会活动家，乃至政治家、学者，到普通的民众，对于宗教的信仰热情和重视程度，并没有减退——每周日的祈祷活动，每年所必须举行的隆重的纪念、庆祝宗教节日（复活节、万圣节、感恩节、圣诞节等宗教节日皆为法定节假日）的盛大活动，已经成为了人们社会生活中的不可分割的重要部分；宗教所倡导的一切精神及教义，仍然是人们的精神支柱。一句话，宗教已经成为了西方社会文化传统中不可分割的一部分。人们的家庭生活、政治生活、经济生活、文化生活中已经离不开宗教的影响。法律与宗教之间的紧密联系抑或互动关系仍然是当今西方文化的一大特色。法律（法治）与宗教就像支撑人的整个身体的两条腿，缺少任何一条腿的人的身体都是不稳定的和不协调的。在西方社会，如果离开了宗教，法律不仅会不被信仰、遵守，还会丧失其社会的有效性，而成为一种摆设、一种僵死的教条，而失去发展的动力和活力，西方的法治社会也将走到它的尽头。这是二战以来当代西方社会得以和谐、稳定发展的根基和保障。这也是西方社会在发展过程中，在走过了无数弯路之后的明智的和坚定的选择。

欧洲中世纪法律传统是11至12世纪以后西欧各民族吸收古代希腊和古罗马的法律传统并加以改造发展起来的法律制度和法治价值理念

的总和。其是连接西罗马帝国法治和近代法治的桥梁，可以说，如果没有中世纪法律传统的延续和发展，欧洲后来的法律制度和法律思想是无法得以产生和延续的，也可以说中世纪法律传统是近代欧洲法律传统的前驱。其基本的特点可以概括为：法律的继承性、法律的实用性、法律的发展性、法律的独立性和法律的理性化。这些特征直接影响了近代欧洲法治的发展历程。所以，我认为，欧洲中世纪时期所构建起来的法律传统，是西方近现代法治体系的滥觞。

罗马法的复兴，是欧洲人根据现实的需要，把罗马人创造的法律和思想展示给世人，并且努力地把他们保存并传播下来的一种尝试和运动。罗马法复兴把希腊人和罗马人共同创设和理解的关于法律与正义、法律与理性、法律与社会等法治思想传承并明确地告知人们，让欧洲民众重新树立起了对法的尊崇和信仰。罗马法的复兴，改变了欧洲，也改变了世界，自此整个世界都变得更加复杂多样和精彩纷呈。

欧洲中世纪的法律传统与罗马法复兴运动，共同起到了改变和指引近代欧洲发展方向的巨大的历史作用。它们也是我们研究欧洲乃至世界法治发展历程不可忽略的重要内容。否则，这个研究就是不完整的。

没有理论就没有实践，没有优秀理论的指导，就没有伟大的革命和变革。在我们研究世界法治发展进程之时，如果仅仅关注制度性的变革与发展，而不去认真梳理、研究人类法学思想的脉络，那样的研究不仅是片面的，甚至是有害的。因为，从世界范围来看，自欧洲文艺复兴以来，欧洲涌现出了灿若星辰的伟大的思想家、哲学家和和法学家群体，他们的光辉思想直接指引和影响了自17世纪以来地球上发生的历次革命狂潮；也正是在这些不朽的思想滋养下，人类社会开启了一次又一次具有划时代意义的伟大纪元，人类的法治进程也一步步地步入了一个又一个光鲜靓丽的大厅。现在可以断言的是，如果没有这些伟大的思想的照耀，人类社会可能至今仍然在黑暗的世界和无边的痛苦中苦苦挣扎。直至今天，每当我们回味起这些人类先哲们的闪

光的思想和精湛、睿智的话语，仍然会令我们茅塞顿开、浮想不已，有些理论和思想甚至对于今天我们的法治实践活动仍然具有深刻的启迪和指导的作用。比如，孟德斯鸠的《论法的精神》，虽然成书于267年前的1748年，但是，他已经开始用对比研究的方法对不同国家的法律体系或法律制度进行了对比、交错的比较研究。其中。除了国家制度和法律制度之外，还广泛地包括经济、教育、宗教、贸易、货币、人口、战争、国际关系等方面的比较研究，尤其是法律制度，几乎包括了各个法律部门，并且对古代希腊、古代罗马、法兰克、英国、法国、中国等国家的法律制度都进行了一定深度的探讨和研究。而且还特别提出，要判断法律中哪些法条最合乎理性，不应当逐条地比较，而应当把它们作为一个整体来研究，也就是要结合各个国家的自然条件、历史状况、人情风俗等，从它们的这个法律体系和部门法体系即法的精神上进行比较。他认为，只有整体比较才能掌握各个具体的法律制度或法律规范的精神实质，如果仅仅从具体条文、文字上进行比较，就不可能得出实质性的结论。孟德斯鸠一般被认为是历史法学和比较法学的先驱，他所提出并进行的历史地构造法学和比较地分析法律的研究方法，在西方乃至世界法律思想史上占有重要的地位。他的研究方法直接影响到了比较法学的兴起，他是比较法学的先驱和初步尝试者。此外，这些思想家们所提出和论证的诸如政体、国家、政府、平等、自由、公平正义、道德、社会契约等概念和理论体系，都是指导人类由蒙昧、野蛮状态逐步跨入法治文明殿堂的思想来源和精神支柱。没有这些思想理论的指导人类要取得当今的这些法治成就是完全不可想象的。这些思想和理论是人类法治发展的基石和渊源，如果没有这些思想和理论的指导，人类的法治历程根本无法走到今天。所以，要研究世界范围内法治的发展历程，法学思想和理论这一大块是不能缺少的。如果缺少了这一块，就无法理解和研究在17世纪以来世界政治和法治史上所发生的那一幕幕惊心动魄的历史活剧了。

自13世纪《英国大宪章》颁布以来，世界法治的发展历程就进入了一个新的阶段。这个阶段的最大的特点，就是代表社会发展新的发

展潮流和方向的新兴资产阶级逐步登上了历史舞台。他们所追求和渴望得到的不仅仅是封建时代贵族们所追求的名誉和地位，追逐金钱和财富才是他们最热衷的事务。特别是随着东西方航路的开通，西方的那些雄心勃勃的人们就开始走上了一条追逐财富的道路。在这条道路上，无数的人为此断送了宝贵的生命，但也有一部分幸运者成功了，他们得到了渴望已久的财富和荣誉。于是，如何才能够从法律上确保自己已经得到的一切不致东流，就成为他们为之奋斗的下一个目标。实际上，英国革命、北美的独立战争、法国大革命、德国的铁血统一，无一不是在人类的这个新的目标的指引和诱导下发生的。在这个惊心动魄的过程中，人们发现了一个能够确保自己的既得利益不被他人随意剥夺的最有效且带有文明进步特征的方法和工具，那就是法治。他们发现，只要高举起法治——这个人类早已发明的、象征着人类高度文明的利器，自己的目的就可以达到，而且还是堂而皇之地、令人赞羡地达到。于是，法治，这个古老的神器，在其神威被淹没了近千年之后，再次在这个星球上展现出了她那耀眼、光鲜的靓丽的面孔。人类的法治历程也自此开启了她的一个崭新的旅程。《独立宣言》、《人权宣言》、《美国宪法》、《法国宪法》、《拿破仑法典》、《德国民法典》、平等、自由、民主、正义、公正、人权、权利、义务、法治等等一串串夺人二目的闪亮的名字和崭新的字眼开始照耀着人类前进的道路。从此，人类便把追求和实现这些理想、理念和价值观，当做了自己应尽的职责和毕生的事业。人类社会从此也进入了一个更加色彩缤纷的世界。

在这个过程中，自然也出现了无数的为当世和后世人们所久久传颂的英名——华盛顿、杰斐逊、麦迪逊、汉密尔顿、罗伯斯庇尔、拿破仑、俾斯麦等等。应当说，他们在人类法治发达史上是留下了英名的。也正是他们的努力和成就，才使得我们能够看到今天这样的世界。

但是，法治的发展是永远要和经济社会发展的步伐相协调和一致的。在进入了20世纪，特别是到了20 世纪下半叶，随着世界科学技术

的飞速发展，尤其是电子工业、原子应用技术、计算机技术、生物技术、太空技术等领域的飞速发展，人们发现原有的诸如契约自由、私权至上、过错原则等法治原则，已经不能适应社会发展的需要，社会责任、无过错原则、人权观念等便在法律中凸显出来，很多国家在制定新的法律以及在对老的法律进行修改的过程中，也及时地调整了立法原则和手段，使这些法律尽可能地反映当代社会经济发展的需要。甚至有的国家，在立法过程中还特别注重对他国的立法、司法实践，民间习惯，过去立法经验、历史文化传统的调查、研究和吸收。因此，法的渊源，当然包括法治的渊源，不仅包括本国或者本民族的习惯，更应当包括其他国家的特定的历史文化渊源和当代市民社会生活的现状，以及外国相类似国家的法律文化，等。世界已经步入了一个“大趋同”的时代，各民族、各地区、各国家之间的相互了解、沟通，乃至学习、借鉴，才是我们得以生存、建设、发展的必由之路。

世界各国虽然各自的历史背景和文化传统不同，但是，在世界上切实存在着一些已经被世界上大多数国家所认同的法治原则、规则与制度，例如，法律面前人人平等、法律至上、依法治国、法律的非溯及力、罪刑法定、罪刑相适应、法无明文不为罪、审判公开、未经合法审判不得宣告某人有罪，以及法律的公开性、法律的明确性、法律的一致性、法律的可行性、法律的稳定性等基本的法治原则。这些法治原则、规则与制度应当是为世界上所有自称为共和国或者民主国家、法治国家所共同遵守的；而这种认同和遵守的状态也不应以不同的社会制度和意识形态为转移，否则，它就不是现代国家，也不会为其他国家和民族所接受和认可。

第一章

法律的起源

第一节

人类的起源

我们在研究法治的历史之前，首先需要明确法律的起源问题，因为，法律是法治的前提与基础。而要说明法律的起源及产生的过程，就必须从人类的起源讲起。因为，没有人类的需要和发展，在这个世界上就不会产生法律和法治的概念及其制度体系。因此，我们只有通过对人类起源、发展的历史进程的深入研究，才能够寻找到法律和法治的发展轨迹及其运行规律。

史前考古学和比较生物学已经证明了人类是由次人类即前猿人发展而来的。人类的发展大约已经经历了200多万年的漫长岁月。至今遗留下来的能够反映最早人类形态的人类生活遗址，表明这个时期人类的生产力水平低下，面对暴虐的大自然，人类的远古祖先单靠个人的力量往往无能为力，因此，他们只能尽可能地联合在一起，以求得生存和发展。这样人与自然之间，既相互依赖，共存在这个和谐的统一体中，又相互对抗，并在适应和利用自然的过程中发展自己。在这个过程中，人类创造了自己最初的文明，从无意识地打造粗糙的石器，到自觉地制作出精美的陶器、铁器、铜器，直到创作出精美的岩画、壁画、瓶画，原始人类为我们后代留下了一笔宝贵的精神财富。这个经历了两三百万年的漫长过程，被称为人类的“黄金时代”，因为在这个阶段，没有剥削，没有压迫，人与人之间处于完全平等的状态之中，所以人们又将这一阶段称为原始共产主义阶段。

一、文明之火

这个阶段原始人类生活的一个最显著的特征就是群聚。人们依靠采集和狩猎为生，其中狩猎在经济中占有越来越重要的地位。在欧洲的穆斯特文化和中国的丁村遗址中，发现了许多野牛、古象、古犀、斑鹿和转角羊的骨骼，这说明早期智人的狩猎业较之以前发展了。其发展的原因有两个，一是原始人类已经开始大量使用火，并且已经学会储存火种。火的应用，对人类的生存和发展具有重大的意义：

> 首先，火给人类以光明和温暖，它使人类易于度过黑夜和防寒取暖，可以使人类在比较寒冷的地区生活，扩大人类活动的区域和空间；
>
> 其次，火还可用于防御和狩猎，人类利用火可以驱赶野兽，或利用火将野兽驱入人类布置或者天然的陷阱，而加以捕猎；
>
> 再次，火使人类由吃生食过渡到吃熟食，从而扩大了人类食物的种类，缩短了食物在人体内消化的过程，使人类能从食物中吸取更多的营养成分，促进人类大脑和体质的发展。据人类学家研究表明，晚期猿人的脑容量在用火之前平均为870毫升，用火之后则发展到1000毫升以上。

火应当是人类由野蛮进入文明，由黑暗时代进入光明时代的媒介。如果人类没有经历过发现、使用和储存火的历程，也就不会有人类文明的曙光。

人类究竟何时学会了取火，一般认为在旧石器时代的中期，也就是距今30万年到5万年前期间。人类在制作劳动和捕猎工具的过程中，发现当用一块石头敲击另一块石头时，就会迸出火星，他们当然不知道，这种能够敲击出火星的石头可能是黄铁矿石，也可能是燧石。敲击石头迸出的火星，能够引燃周围干燥的苔藓、草或者树叶，这样，人类就学会了敲击石头取火的方法。另外，人类还发现，在制作木制工具时，木头也会因摩擦而自燃。敲击取火和摩擦取火是早期人类广

泛使用的取火方法。因而，可以说，学会取火方法是把人类同动物区分开的一个重要标志。

人类懂得或者知道使用火，也是受到一个偶然的自然现象的启发。那就是，当早期人类所居住或者进行狩猎、采集工作的森林发生自然火灾后，在熊熊大火中原来漆黑的夜晚也变得明亮起来，人类在夜间也可以像白天一样清晰地看到别人的脸和周围的景物，同时还发现那些在火灾中被烧死的各类野兽的肉比生肉要好吃得多且容易消化，这可能是人类对于火的最初的认识，而最初的取火的方法可能就是直接从火灾中取火，但是，当取到的火烧尽后，周围仍然是一片黑暗，于是，人类开始寻找主动取火和使得已经取到的火种不至于很快熄灭的储存火种的方法。也正是在这种与大自然不断地索取和拼搏中，人类开始走出野蛮，逐步迈入了文明的门槛。

除了学会大量使用火之外，人类学会使用、制作工具则是促使人类发展的另一个重要因素。

二、早期人类的三个发展阶段

在人类步入文明门槛的过程中，人类对于劳动工具的认识、制作过程，是一个最能够反映人类自身发展历程的最好的媒介。

在人类形成的初期，人类发现了工具对于人类的生存具有极其重要的意义，尤其是在捕猎的过程中，如果手里有了石头、树枝甚至树干这样的工具，就可以较为轻松地猎取到猎物，即使是在人们将猎物向已经布置好的陷阱驱赶时，如果手里有了驱赶猎物的工具，就会比赤手空拳要简单得多，因为，手里的工具不仅是猎物们所害怕的物件，而且，这些工具也会很快地使猎物驯服甚至被轻易地打死。因而，能够不断地加工、磨制出新的工具，便成为了原始人类走向文明的又一个重要的标志。后来的研究者依据人类使用的工具（主要是石

器）的器刑、精致度、实用度等情形，而将早期人类的发展历程划分为旧石器时代、中石器时代和新石器时代三个阶段。

旧石器时代又分为自完全形成的人出现之时至二、三十万年前的早期，自二、三十万年前至五万年前的中期和自五万年前至一万五千年前的晚期三个时期。旧石器时代的早期相当于早期猿人和晚期猿人阶段，早期猿人阶段，人们采用以石击石的方法制造生产工具，方法简单，加工粗糙，器刑简陋，类型少。最早的石器发现于非洲肯尼亚特卡纳湖东部的库彼弗拉，是粗糙的砍砸器，称库彼弗拉文化，定年为261万年前，这可能是迄今发现的最早的人类文化。比库彼弗拉文化稍晚的是发现于非洲坦桑尼亚的奥都威峡谷的奥都威文化，其所使用的石器为用砾石打制成的砍砸器和刮削器，定年为180万年前。因而，非洲被认为是人类产生的最初的摇篮。

到晚期猿人阶段，人们开始采用循序敲击的方法。除了砍砸器和刮削器外，还出现了石斧和石片。这一阶段著名的遗址有法国的舍利文化、阿舍利文化和中国的周口店文化。舍利文化的代表性工具是用打制技术做成的手斧，手斧的形状多为扁桃刑、椭圆形或矛刑，长10至20厘米，一端钝厚，便于手握，另一端锋利，可用于切割、刮削、咂击、劈开等，是一种万能工具。舍利文化大约始于55万年前。阿舍利文化的主要形式仍然是手斧，但它比舍利文化要精致且更加适用，其刃口直而锋利。阿舍利文化大约存在于43—15万年前。周口店文化的一个最大的特色就是出现了大量用火的痕迹。

到了旧石器时代中期，人类的工具以石片为主，制作方法更为精细，一般为二次打击，即先将石核整修出一个台面，然后剥离下石片进一步整形加工。典型的旧石器中期文化，在欧洲为穆斯特文化，其代表是小型尖状器和刮削器。在中国以丁村文化为代表，是大型的厚尖状器和砍砸器。此时，出现了石球与索结合的飞石索，狩猎所用的复合工具由此开始。工具的多元化和精致化，使得人类便于猎取大型的有蹄类动物，如古象、古犀、野牛、猛犸等大型动物，从而扩大了

人类的事物范围。此外，由于猎取了大型动物，兽骨成为了工具原料的补充来源。在法国的多尔多涅穆斯特文化层中层曾发现骨针，表明当时的人们已经知道用兽皮缝制衣服。这一切都标志着人类征服自燃能力的加强和提高。也正是在这一阶段，人类发现了多种多样的狩猎方法：或用陷阱，或用石块袭击动物，或将猛兽逼上悬崖摔死等。这时的狩猎业是依靠集体的力量进行，这也增强了当时的社会组织——原始群的凝聚力。

旧石器时代晚期的一个最大的特征就是投矛器的使用，大大加强了矛的打击力，并延长了矛的射程。于是，集体狩猎高度发展，人类开始猎取成群的大动物。例如，在捷克和斯洛伐克的巴甫洛夫附近，曾发现10000头猛犸象的残骸，在法国索鲁特遗址发现10000架野马骨骸，在乌克兰的阿姆弗罗西叶夫卡发现1000具野牛遗骸，在中国峙峪遗址发现120匹野马、88头野驴遗骨。此外，此时捕鱼也已成为重要的生产部门。

此时，人们已经开始建造一些房舍，这些住宅相当坚固，墙壁用石块加固，房顶用树干搭成锥形，再盖上树枝和兽皮。有的房舍是用兽皮包围的皮屋和帐棚。表明人类已经学会缝纫，兽皮被缝缀在一起，用作衣服或者覆盖房顶。

中石器时代开始于一万五千年前至一万年左右，属于从旧石器向新石器的过渡阶段，其主要标志是弓箭的发明及其广泛应用。这一时期，地球上的气候发生了很大变化，北半球的冰期和赤道雨期结束，从而引起自然界生态上的重大变化。巨型有蹄动物有的灭绝，有的迁移它处，能够留下来的很少。从此，适应于森林草原或在草原上善于奔跑或飞翔的小型动物在动物界中取得了重要地位。随着可供猎取的对象发生了变化，人类所使用的狩猎工具也由原来的长矛、标枪、投矛器的基础上发明出了可供远射的弓箭。弓箭不仅射程远，而且命中率高，携带方便。弓箭的发明是人类工具史上的重大成就，大大促进了原始社会生产力的发展。

这个时代，还出现了几何形细石器和石叶形细石器，其最为典型的代表是石槌、石凿、石铲等。

此时人类另一项重大的成就，就是掌握了对狗的驯化，从此，狗不仅成为人类的重要的食物来源，而且是人类捕猎的得力助手。

细石器、弓箭和驯化犬是中石器时代的标志。其文化遗址在欧洲发现较多，著名的有丹麦的马格尔莫斯文化，法国的阿齐尔文化、塔登诺文化，以及西班牙的阿斯都里亚文化等；非洲有卡普斯文化；亚洲有中国陕西的沙苑文化、河北的虎头梁文化、山西的下川文化等。

随着细石器工具的出现，人类已经开始使用鱼网和驾驶小舟捕鱼。鱼网用树皮纤维编制而成，小舟用树干凿成或用兽皮制造。自此，人类已经开始掌握了采集、狩猎、训犬、捕鱼、缝纫等多种谋生手段，人类的生活也开始逐渐进入更加丰富多彩的时期。

当人类进入始于1万年前的石器时代最后阶段的新石器时期之时，人类不仅能够生产出磨光石器，如刀、铲、锛、斧、槌、镰、杵、臼、锄、箭头、矛头等工具盒武器，还能磨制出手镯、指环、珠子等装饰品。

这个时期最重要的技术成就，就是发明了陶器。陶器可以用来贮藏谷物、汲水、烧制食品。它的出现对改善人类的饮食方式，扩大食物的种类，起到了重要的作用，它在人类文明史上具有划时代的意义。

此时，人类又取得了另一项重大的技术成就——发明纺线和织布。这两项发明解决了人们穿衣的问题。纺线技术使得人们可以编制更多更好的鱼网。纺线最初使用的是采自野生植物，如荨麻、野生大麻、树的内皮等的天然纤维，后来采用绵羊毛和野生亚麻。织布最初采用编制的方法，后来才发明了织机。织机的发明提高了织布的效率和布的质量。

在新石器时期人类在经济生活上的主要变化就是获取食物方式的变化，即农业和畜牧业的产生与传播。

农业是从采集经济发展而来的，妇女们在长期的采集活动中，积累的丰富的经验，逐步认识并掌握了某些野生植物的生长规律，于是开始将这些野生植物改为有目的的种植，这样便产生了农业。农业产生的重大意义在于使人类从攫取经济过渡到了生产经济，从此，人类不再仅仅依靠从大自然中攫取食物，而开始有目的、能动地生产食物，用自己生产的食物来满足基本的生活需要。

最初的农业只由妇女经营，她们用木锄、石锄和石铲翻松土地，播下种子，任其生长，最后收获。这种主要用锄来耕种的农业叫做原始农业或锄耕农业，这种农业规模小、产量低，不能完全满足人类生活的需要，人类还需要通过饲养家畜，从事采集和狩猎，来维持生活。

农业发祥地主要有三个中心，即西亚北非、东亚南亚和中美洲。西亚北非是大麦和小麦的发祥地。该地区包括从埃及起向北经巴勒斯坦、叙利亚、土耳其南部，南下伊拉克、伊朗这一巨大的新月形地带。在这里发现了许多早期的农业村落遗址。如位于伊拉克境内距今约11000年前（公元前9000年）的萨威·克米遗址，出土的工具由石镰、加工谷物用的石磨、石臼、石碾等。在巴勒斯坦约旦河畔约为8000年前的纳图夫遗址中，出土的工具有磨制的石镰、骨锄，捣碎谷物用的石杵、石臼等，表明这些地区居民早在10000年以前就已经有了原始农业，他们种植的谷物主要是大麦和小麦。

东亚和南亚地区是水稻、粟和棉花的发祥地，在泰国和中国浙江河姆渡遗址中，发现了公元前5000年的稻谷遗迹及磨光的石锄、石铲等。此外，在中国的西安半坡、河南裴李岗和河北磁山遗址中，都发现了石磨、石镰、石刀、石锄、石铲等工具，说明谷子最早起源于中国。地处南亚的印度最早培植了棉花，是棉花的故乡。

中美洲是玉米、马铃薯、红薯等多种作物的故乡。早在公元前5000年前，居住在墨西哥的印第安人就开始种植玉米、倭瓜、辣椒，以后他们又种植马铃薯、红薯等。居住在秘鲁的印第安人在公元前3000年前开始种植多种豆子和瓜。他们培育的玉米、马铃薯等作物传遍全世界。

在新时期时代，随着人类猎捕的动物一时食用不完，人类开始驯养狗和绵羊，之后，人类又把野生的猪、山羊、牛、马、驴、骆驼等许多动物驯养成家畜，从而产生了原始畜牧业。伊拉克北部的卡里木、沙希尔遗址出土了距今8500年前的大量的猪骨，这是目前所知的最早的养猪业。中国浙江的河姆渡、陕西的半坡等遗址出土了猪、鸡、狗、羊、水牛的遗骸，说明新石器时代饲养家畜已经十分普遍。

农业和畜牧业的产生与发展，是人类由原始阶段步入社会文明阶段的一个重要标志，二者相辅相成，紧密联系。农业的产生和发展既为人类提供了粮食，还为动物提供了饲料，促进了畜牧业的发展；而畜牧业的产生和发展，一方面可为人类提供肉类、乳类和皮毛，同时还可提供拉犁和运输的畜力，人类从此步入了新的发展阶段。

三、人类及人种的形成过程

人类社会是伴随着完全形成的人的出现而出现的，所谓完全形成的人，是指从古猿发展而来的人。我们现在所知道的最早的形成中的人是腊玛古猿。在非洲肯尼亚的特南堡，亚洲印度和巴基斯坦交界处的西瓦里克山地、中国云南的开远和禄丰、土耳其的安娜托利亚，欧洲希腊雅典附近的比尔格斯以及匈牙利东北部的路达巴尼亚山地，都发现了腊玛古猿的化石。腊玛古猿生存在距今1400万年前到800万年前。在腊玛古猿之后完全形成的人出现之前这一漫长的时期里，形成中的人逐渐形成和产生了语言，并且在长期使用天然工具的过程中，形成中的人积累了劳动的经验，发展到能够用双手制造工具。工具的

制造标志着从猿到人过渡阶段的结束，标志着形成中的人变成了完全形成的人，这是从猿到人转变过程中的质变。从人类学角度观察，完全形成的人是以工具的制造为主要特征的，人类制造的工具的出现，标志着从猿到人过渡阶段的结束。

在完全形成的人的过程中，从人种开始形成，到现代人出现的时候，人种差别已经相当明显了。所谓人种，是指根据体质上某些能遗传的性状而划分的人群。其性状包括皮肤的颜色，头发的形状和颜色，眼、鼻、唇的形状等等。根据这些不同的性状，人类学家把现代人类划分为三大种系，即：蒙古利亚人种（黄种），欧罗巴人种（白种）和尼格罗人种（黑种）。

人类在体质形态上之所以能形成不同的性状，主要是受所在地区自然条件影响的结果。在晚期智人时期，㊟人类已经遍及亚、非、欧、美、澳各大洲。各大洲自然条件是不一样的，而且被高山峻岭、汪洋大海、广袤沙漠所阻隔。人类在彼此隔绝的不同的自然条件下生活，自然要受到不同的影响。在其长期影响下，人类在体质上逐渐发生了某些变化，变得与其自然条件相适应。例如，尼格罗人种皮肤黝黑、卷发、鼻孔大、嘴唇外翻、汗腺发达，这是适应高度湿热环境的结果，皮肤黝黑可受灼热伤害；卷曲的头发在头部周围形成一条特殊的透气通道，使头部免于过热；鼻身宽，鼻孔大、唇外翻，汗腺发达等，有助于散发热量。欧罗巴人种鼻梁高而窄，鼻管前突，这是适应欧洲酷寒的气候条件的结果。此性状延长了空气由鼻腔外到呼吸道的距离，使空气变得暖和些。蒙古利亚人种的面部脂肪层比较厚，眼睛开缝较窄，内眼角有一层特殊的皱折—内眥褶，这是适应半荒漠和草原地带大陆性气候的结果。

三大人种的特征和分布情况如下：

黄种—肤色微黄，头发粗而直，色黑，眼色黑或深褐，面部宽阔，颧骨平扁而突出，鼻梁低，眼内有眥褶，外角稍上斜，胡子及

体毛最为稀少。主要分布于亚洲大部分地区和美洲。

白种—肤色白，头发及眼色都较浅，发常呈波形，鼻梁高而窄，胡子及体毛发达。主要分布于欧洲、西亚、南亚、北非等地。

黑种—肤色黝黑，头发黑而卷曲，眼色黑，鼻宽而扁，唇厚而外翻，胡子及体毛较少。主要分布于非洲和澳大利亚。注

三大人种在身体外部形态上虽有某些差异，但并无本质上的不同，更无智力上的优劣。但是，正是基于各个人种所生存环境和所生活地区气候、地理位置等因素的影响，才造成了各个人种和地域之间文化和政治、经济形态的差异，尤其是在法律文化及政治文化之间的明显的差异。

---

1. 中国学者把人类在成为完全形成的人，其体质继续发展的过程分为早期猿人、晚期猿人、早期智人、晚期智人四个阶段。晚期智人大约距今五万年前至两万四千年之间。晚期智人是现代人类，人类学家按照肤色、发型、眼型、鼻型等外貌特征，将世界上的现代人类划分为黄种、白种和黑种三大类。
2. 参见张艳玲、隆仁主编：《世界通史》（第一卷），中国致公出版社2001年版，第19页。

第二节

人类社会初步形成的过程

一、血缘家族

伴随着完全形成的人的出现，人类社会也产生了。那时的人类社会的形态是血缘家族，血缘家族存在的时期很长，大约相当于旧石器时代的早期和中期，也就是大约自完全形成的人出现之时至五万年前，其间大约经历了200多万年的时间。

人类血缘的延续是人类得以延续并发展的基础和前提，而这种延续是要依靠人类的不断地繁殖来实现的，如果离开人类的不断的自然繁殖过程，就谈不上人类血缘的延续过程，人类也就根本谈不上自我的延续和发展。因此，血缘的延续过程也就是人类自身的延续过程，在这个延续过程中逐渐形成了血缘家族，同一个血缘家族成员之间的不间断地繁殖的过程，也就是这个家族的不间断的延续过程，而无数个血缘家族的不间断的延续过程，也就构成了整个人类的延续的过程。因而，血缘家族是第一个人类社会组织形式。在人类血缘延续的过程中，男女之间的性交过程是必不可少的，这也就造成了原始人类和部落对于生殖器的崇拜心理和行为；而男女之间的性交行为也经历了一个由乱交到逐渐与相对固定对象的性交的过程，而这种对于相对固定的对象施行性交的过程，便逐渐形成了血缘家族，在这个家族内也就逐渐形成了在摆脱了乱交的情形之后的相对稳定的原始婚姻状态，虽然这类婚姻状态与现代婚姻关系无法相比，但是，它们的确是血缘家族得以延续的重要基础和支柱。在血缘家族的内部，其婚姻是按照辈数来划分的，其具体情形是：所有祖父和祖母都互为夫妻而生

儿育女；他们的子女，与他们一样也成为夫妻而重复着生儿育女的行为，他们便成为了他们所生育的子女的父亲和母亲；就这样，一代又一代地延续下去，从而构成了一代又一代的夫妻圈子。这种婚姻形式，和杂婚不一样，它排斥了母亲与亲子之间的婚姻，而所有的姊妹兄弟，包括亲兄弟姐妹、从兄弟姐妹和血统更远的兄弟姐妹之间则一概互为夫妻。

在血缘家族阶段，一个家族就是一个集团，一个公社，一个生产单位。那时在家族内部已经有了两性分工。大多男的从事狩猎，女的则从事采集和养育小孩。当时，生产力十分低下，人们过着集体劳动，共同消费的生活。单凭一个人个体是根本无法生存的。当食物缺乏时，整个家族就得集体移居；一些丧失劳动力的老人因为无法再为家族的生存奉献自己的力量而常被遗弃或杀死，其目的是为了让有限的食物供给那些尚有能力为本家族生存而工作的成年且健康的男人。这是人类为了维持自己的生存的本能的做法。

二、母系氏族公社

血缘家族之后是母系氏族公社。到旧石器时期晚期，人类在实践中逐渐发现更多的可食用的植物，扩大了采集的范围。随着工具的改进，狩猎和捕鱼业发展起来。由于食物的越来越丰富，人口增长的速度必然加快，人口的日益增多致使一部分人不得不从原来的族群中分离出来，分离出来的这些人群又组成了新的族群，而这些族群与他们的母族群之间实质上是一种母群与子群的关系，他们之间不可避免地要存在着一定的联系，而在当时的生存条件下，他们之间最好的联系方式就是通过联姻而结成婚姻集团，即两个群团之间的同辈男女互为夫妻。氏族于是便产生了。而最初的氏族就是母系氏族。母系氏族的一个最大的特点，就是在当时群婚的情况下，人们只知其母，不知其父，世系只能按照母系来计算。那时，妇女在经济生活中居于重要地

位，因为妇女从事的采集对于氏族的生存来说比较有保障，而男子从事的狩猎则经常是丰歉无常。妇女能够生育和养育后代，增加本氏族的人口也是当时的人们较为重视妇女地位的主要原因。因而，妇女在氏族的日常生活中占有支配的地位，从而形成了以妇女为中心的母权制氏族。

中石器时期和新石器时期是母系氏族社会的全盛时期。随着生产力的发展，氏族人口不断增加，氏族组织也不断分衍，原来由母群中分离出来的子群经过不断地繁衍、发展，又分离成若干个孙群、重孙群、曾孙群，这样一来，氏族之间的群婚已经越来越困难，因为，随着各个氏族人口、规模的不断变化，各个氏族相对的独立性越来越加强，于是出现了在一定期间内夫妻关系比较确定的对偶婚，在对偶婚的早期阶段，夫妇各自居住在母亲的氏族，婚姻采取丈夫对妻子拜访的形式，也就是丈夫要与妻子结合必须要到妻子所居住的氏族部落去看望妻子，后来为了方便夫妻之间的结合，变为居妇家制，即夫入妇家。但男女之间的结合仍不是永久的，婚姻关系很易随着各自情形的改变而解除。因而，由对偶婚组成的对偶家庭并不是独立的经济单位，当时社会的基本经济细胞是母系氏族。在母系氏族内部，除了个人日常使用的工具之外，一切财产都归集体所有，生产和消费都建立在严格的集体原则上。年长的妇女担任氏族的首领，氏族首领是社会的公仆，受到全体氏族成员的尊敬，但首领对于氏族成员没有强制权，如果首领不称职就会被撤换。氏族的最高权力机关是氏族议事会，参加者是全体成年男女，他们享有平等的表决权，一切重要的事情都由氏族议事会讨论决定。

那时的每一个氏族都有自己的名称，有共同的宗教信仰、共同的墓地，死者的财产转归氏族人所有。那是一种被后人称之为原始共产主义的社会。在那个社会里，只有原始公有制而没有私有制，一切财产归氏族所有人所有，氏族成员之间有互相援助的义务，在同氏族成员受到外族人伤害时，全氏族人要帮助复仇。恩格斯曾经称赞这种母系氏族社会是一种美妙的制度：在这个社会里没有军队、宪兵和警

察，没有贵族、国王、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条理的；大家都是平等、自由的，包括妇女在内；他们还不曾有奴隶；没有奴役异族部落的事情。注

但是，母系氏族公社是建立在十分低下的生产力基础上的，当社会生产力进一步发展时，这种原始公有制就无法继续维持下去了，最后终于趋于解体。人类开始步入下一个新的社会形态——父系氏族公社。

三、父系氏族公社

（一）金属器时代

社会生产力的发展，尤其是新石器时代晚期金属器的采用，导致了母系氏族社会逐步过渡到另一个人类社会发展的更高级的阶段——父系氏族社会。

人类大约在新石器晚期（大约距今一万年至六七千年）就开始知道金、银、铜、锡和陨铁等天然金属，其中最先被利用的是黄金。在爱尔兰、法兰西和埃及等地新石器晚期的一些遗址中，都曾发现用黄金制作的小件器物。大约六七千年前，西亚、埃及等地以及一些新石器时代的欧洲人已经开始利用铜。这些天然金属大多是借助于石器用冷锻法加工的。所谓冷锻法是指，使用石斧打制、加工金属器。公元前5000年左右，在亚洲西南部和中亚的居民已经开始用冷锻法加工天然铜制成铜器。而真正金属器被广泛使用的标志则是始于人类掌握了矿石冶炼和金属加工技术之后，即历史上所说的金属器时代。公元前4000年代至3000年代，埃及、中国以及南欧和中欧先后开始炼铜。最早的铜器多半是指环、手镯、项圈之类的装饰品，后来人们才知道用铜来制造工具、器皿和武器。约当公元前3000年代中期，人类学会了冶炼青铜。青铜是铜与锡的合金，它不仅外观美丽，而且易于锻造，

比纯铜硬度大、熔点低，具有更大的优越性。最早使用青铜的是西亚的两河流域和南亚印度河流域，到公元前2000年代，埃及、中国和其他一些地区也开始使用青铜器。这一时期，被称为青铜时代，在此时，铜斧和石斧是并存的，因为使用石斧已经成为人们的习惯，而铜斧并没有被普遍地使用起来。

到了公元前1000年代初期，西亚首先发明冶铁术，然后是南亚次大陆、北非和东南欧等地也开始学会冶铁术。铁较之铜更为廉价、质硬、耐损，所以，在铁器出现之后，人们纷纷用铁打造生产工具盒武器，并且迅速地把石器和青铜器排挤了出去。注从此，铁器成为了人类最主要的生产工具和武器。

从金石并用时代到铁器时代，是原始公社的解体阶段。这是金属工具被广泛使用的结果，因为金属工具的使用大大提高了社会生产力，促进了农业和畜牧业的发展，特别对农业的发展影响最大。随着金属器的使用，原始的锄耕农业逐渐被犁耕农业所代替，起初使用的是木犁、石犁，后来是金属犁。金属犁的使用明显地提高了工作效率，扩大了耕地面积，增加了产品的数量，而且还使农业生产日益专门化，从而出现了历史上三次大分工，使得人类生产的产品日益丰富，从而为私有制的的产生创造了物质基础，也导致了原始公社的解体。但是，由于世界各地的历史和地理等具体条件不同，原始社会解体的情况也不一致，在埃及和两河流域，早在金石并用时代，原始公社便已经开始解体，进入了阶级社会，而在印度河和黄河流域则仍然是青铜时代，而东南欧则要到铁器时代国家才开始正式形成。因而，农业发达的地区，原始社会解体的时间要比游牧地区要早得多。这种现象与各自所处的地理位置和气候条件密切相关，气候温和、土质肥沃的地区的农业必然要比气候寒冷、土质坚硬地区的农业要发达，而在农业经济占绝对优势且农业生产的产品是人类生存的主要来源之时，农业是否发达是决定人类生存和发展速度和质量的根本因素。

由此可见，金属器的发明和使用乃人类由原始阶段进入文明阶段的一个分水岭。人类对于生产工具的改进和发展是影响人类发展进程的决定性因素。

（二）三次社会大分工

当金属器被广泛地使用在农业生产上后，在适于经营农业的地区，各部落便以经营农业为主，形成了所谓农业部落；而在一些适于经营畜牧业的地区，各部落则以经营畜牧业为主，从而形成了所谓的畜牧部落。农业部落和畜牧部落生产的专门化，使得农业和畜牧业成为各自独立而又互相依赖的两大生产部门——农业部门为人类提供农业产品和畜牧业所需要的饲料，畜牧部门则为农业提供肥料和为人类提供食物、衣料、生产和生活用具，这使得游牧部落也独立地成为一个生产部门，它们之间经常用各自生产的产品进行交换，以满足各自所需要的生产和生活物资。这就是第一次社会大分工。

随着农业和畜牧业的发展，特别是两个生产部门之间产品交换的经常化，促进了手工业的发展，一些掌握了金属的冶炼技术和制造各种器物技术的人们，便以制陶、制革、纺织、榨油、酿酒、造船等为业，而且，在其发展过程中所涉及的门类也越来越复杂和专业化，从而形成了独立于农业和畜牧业的另一个新兴的行业部门——手工业。此即第二次社会大分工。

伴随着第二次社会大分工，出现了以交换为目的的商品生产，产品的交换日益成为社会生活的必需手段。这样的交换不仅发生在各个部落之间，而且即使在部落的内部这种交换也日益频繁。这种交换的关系是：手工业者用自己的制品换取食品、衣服等生活资料，而农业和畜牧业生产者则用农业和畜牧业产品换取手工业者制造的各类生产和生活用品，如陶器、铁制工具、装饰品等。从而逐渐形成了一个不从事生产而只从事产品交换的阶层——商人。此即所谓第三次社会大分工。但是，第三次社会大分工形成的时间要大大晚于前两次社会大

分工，因为，在发生社会产品交换的初期，大量的交换活动是在生产者之间的发生的，那时还不需要一个独立的商人阶层专门从事交换活动，只有在社会产品较为丰富，且仅凭生产者之间已经无法完成直接的交换（如路途遥远、交换的物资繁多）的时候，才会出现专门从事产品交换的商人阶层。如在中国，独立的商人群体的出现是在商朝建立之后，而且，开始的商品交换活动还是掌握在贵族手里，真正出现独立于大贵族之外的大商人的群体，则是在周朝建立之后，直至东周时期才渐入高峰期，其经历了一个相对较长的历史过程。[注]

但是，社会大分工确是原始社会走向解体和衰落的重要标志和前提。

（三）私有制的产生

原始社会的公有制是建立在生产力十分低下基础之上的，在人类仅为了自我的生存而奋争的阶段，是不可能产生私有制和私有观念的。因为，那时的人类除了拥有仅能够维持自己生存的产品外，没有其余的剩余产品，没有剩余产品也就意味着没有施行物资再分配的必要，因而，也就不可能有私有制和私有观念。但是，随着青铜器和铁器等生产工具的广泛的使用，使得社会生产力得到前所未有的发展，生产的产品也逐渐开始有了剩余，这就为私有制和私有观念的产生创造了物质基础。同时，由于生产工具的不断改进，原来需要经过集体劳动才能够获得的产品，现在只需要通过个体劳动即可获得，这也成为了私有观念产生的前提条件。

新石器时代是氏族组织高度发展的时期。但是，当时的生产力仍然很低下，氏族组织的规模不是太大，氏族成员间往往比较平等。中国裴李岗墓地的114座墓葬皆为长方形竖穴，排列密集且由一定规则，以单人直肢葬为主，墓穴虽略有大小之分，但是随葬品却都较少且差别不大，随葬品皆为生产和生活的实用器物。这表明当时人们之间是基本平等的关系。

中国陕西临潼姜寨遗址也是一处典型的仰韶文化时期的原始部落。这个村落的中心是一个面积较大的广场，每组周围有五组建筑群，每组都以一个大型房屋为主体，大房屋周围分布着十几或二十几座中小型居室，所有房屋的门均朝向广场。这种原始村落是一个组织严密的社会集团，每座房屋都是一个可以单独生活的单位，属于对偶家庭范畴的小家庭此时已经是氏族组织的基本细胞。原始时代往往由几个氏族组成胞族，若干个胞族组成部落。姜寨这样的村落应当是一个胞族的聚居地，其人口在450人到600人之间。其居住布局十分规整，其房屋是统一营建的。可见，在当时村落之中的人们的地位还是相对平等的。

但是，随着社会生产力的发展，当到了新石器时代晚期，氏族内部的家族势力逐渐强大起来，逐渐变成了在氏族内部很有影响的一个势力。墓葬之中合葬增多，每一个墓坑的死者都属于一个家族，随葬的瓶、钵、罐等十分平均，看不出贫富差别。

随着家族势力的增强，一些氏族或部落首领、巫师、英雄开始受到人们的尊敬，而这些人物往往以男性居多。这些首领利用他的权力和影响力，开始拥有较多的物质财富，扩大了私有财产的范围，他和他的家族成为氏族内部的权贵阶层。这种贫富分化的现象在新石器时代中期就已经显露端倪。中国大汶口文化中、晚期的墓葬大小各不行同，个别大幕有随葬品一百多件，其中一座大幕埋了一个成年女性，头上有象牙梳，手上有指环，左腕戴着一只玉臂环，颈部戴着大理石和松绿石串起的装饰品。此外还有大量的诸如陶器、雕花象牙筒、猪头骨等。而小墓的随葬品极少，有的只有一件獐牙，或有一个纺轮、一把蚌镰、一件陶鼎等。随葬用猪头骨或下颚骨，是表示死者生前的财产多少的象征，大幕多者用60多个猪头骨或下颚骨，而小墓只用一、两个。这意味着死者生前的贫富悬殊很大。

这些情况都表明，人类社会自此已经进入了阶级社会，社会成员之间已经具有了极大的贫富差别，人类社会自此也步入了另一个社会

形态——父系氏族公社。

（四）父权制社会

父系氏族公社是由氏族公社向等级社会过渡的社会组织形式。父系氏族公社的主要特征是：男子居于支配地位，妻子从夫而居，辈分从父系计算，财产由父系继承。父系氏族公社实行土地公有制，分配给各父系家族公社使用。父系氏族公社还保持着民主的性质，有氏族议事会和氏族全体会议，氏族长由全体氏族会议选举产生，只有男子可以担任。氏族议事会由各家族的族长组成，氏族全体会议由全体成年男子参加，妇女被排斥在外，失去了同男子平等的地位。父系氏族公社初期仍实行对偶婚，其形式已是男娶女嫁的“从夫居”了。

父系氏族公社又被称为家长制大家族或者父权制社会，在这个社会里，几个父系家族公社组成一个父系氏族公社。一个父系家族公社一般包括一父所生的几代子孙及其妻室，有的还包括奴隶在内。父系家族公社有一个由选举产生的家族长，负责组织和领导生产，安排生活，管理财产，主持祭祀。家族长拥有支配家族全体成员的权力，在家族中实行独裁，妇女不仅要受丈夫的约束，还要受家族长的约束。对妇女的奴役是父系家族公社的一个显著特征，它的确立是男子独裁的第一个结果。自此，人类开始进入一个以男性为主体的社会，独裁、专制便成为了伴随着人类发展的永远挥之不去的梦魇。

从母权制的原始氏族公社转变为父权制的氏族公社，是由生产力的发展所决定的。戈矛和弓箭的使用，金属器的铸造和使用，农业和畜牧业的发展，使得体力较强而没有妊娠痛苦的男子成为主要的生产者。同时，在婚姻制度上，群婚制逐渐演化为比较固定的“对偶家庭”。对偶婚的制度一经成立，一对一对的配偶得以在相对长的时期内享受着不受他人干扰的同居生活。这样子女就可以按照父系的血统来辨识了。那些在新近的生产中起着主要作用并且逐渐意识到他们自己是子女之父的男子，便要求取消“母权制”而代之以“父权制”。

在中国古文献中记载了许多反映父系氏族社会的情况。其中著名的部落联盟领袖有神农和黄帝。神农又称炎帝，居于姜水流域，以姜为姓。他是农业生产和医药的发明者，他用木制作耒耜，教授居民耕种土地，又曾亲自尝百草，发现药材，教授人们如何治病。烈山氏有一位很能干的子弟，名叫柱，他“能殖百谷百蔬”。神农氏和烈山氏就是中国新石器时代善于农耕而著称的氏族。在稍后的传说中，还有一位伏羲氏，据《易·系辞》下篇说他“仰则观象于天，俯则观法于地，观鸟兽之文与地之宜，近取诸身，远取诸物，于是始作八卦，以通神明之德，以类万物之情。作结绳而为网罟，以佃以渔”，伏羲氏是一个善于占卜并以渔猎著称的氏族。相传与伏羲氏结为夫妻的女娲曾经“炼五色石以补苍天，断鳌足以立四级，杀黑龙以济冀州，积芦灰以止淫水”，可见，女娲所在的氏族在与自然的争斗中取得过辉煌的成绩。

《国语·晋语》四说：“昔少典氏娶有蟜氏，生黄帝、炎帝。黄帝以姬水成，炎帝以姜水成。成而异德，故黄帝为姬，炎帝为姜。”可见，黄帝和炎帝两族是从互通婚姻的少典氏和有蟜氏繁衍出来的。黄、炎两帝最初居住在今天陕北的黄土高原上，后来逐渐东移。黄帝族在东渡黄河以后，沿着中条山、太行山的北边地带一直迁徙到今天的冀北地区；炎帝族则顺着渭水和黄河两岸发展到今天河南以及冀南、鲁东北一带。他们在迁徙的过程中曾与索迁地区的土著部落发生过斗争，炎帝族和原居于鲁、豫一带的蚩尤族发生过激烈的冲突，并被蚩尤族打败。于是，炎帝族请求黄帝族与蚩尤族展开大战，黄帝族先后战败了蚩尤族以及与蚩尤族关系密切的少昊族和太昊族。后来，黄帝族又打败了炎帝族，炎帝族自此归顺了黄帝族，此后，黄帝族与炎帝族联合，在中国的中原地区占据了主导地位。新石器时代后期，黄帝族的影响更加扩大。相传黄帝有25个儿子，实际上是由黄帝族繁衍出来的25个氏族，从而形成了以黄帝族为核心的部落联盟。在中国上古时代的历史中，黄帝以及黄帝族所繁衍出来的帝颛顼、帝喾、帝尧、帝舜被尊称为五帝，这五个帝实际上是最有影响的五大部落联盟的首领。

四、走进文明的时代

实际上，自新石器时代开始，人类就开始有了管理社会的一些制度和规范，只是这些制度和规范还没有上升为我们所说的所谓法律的层面，我们或许可以把它们说为原始习惯或者原始制度，这些习惯和制度应当就是现代人所说的法律的源头。因为，只要有了人类社会，特别是随着人类利用自然的能力的不断的提高，当人类发展到出现了社会分工、贫富差别和私有制（观念）之后，就必然需要调整这些社会分工和私有财产的制度和规范。否则，任何出现了私有观念和贫富分化的社会都将是混乱不堪的。这是人类本性之使然。人类自从来到这个世界之后，首先要做的第一项最重要的事情就是维持自己的生存，而要维持自己的生存就必须首先获得食物，而当人类发展到凭着自己的一个人或者一个家庭的努力，就能够达到维持生存的阶段时，人和家族之间天生所带来的能力和运气方面的差异，就必然会改变原有的依靠集体力量才能生存时代的特征，那么，这种差异也必然会带来各个人与各个家族之间获得财富多寡的不同，这种财富多寡的差异的结果，必然带来人与人之间、家族与家族之间贫富的差别。而这种差别的产生，就打破了原有的所谓原始共产主义的分配制度和理念，人们就会为这种不平等的贫富差别而感到不平，因为，每个人都认为自己生来就不应当比别人差，而这种现实中存在的贫富差别，自然会引起那些没有获得像别人那么多财富的人们的不满，这种不满的长期发展的结果，必然导致人们之间为了争取到更多的财富而发生各类纠纷，这类纠纷的长期存在会严重影响社会的稳定与发展，而要解决这类矛盾和纠纷就需要一种被人类普遍认同的解决这些矛盾和纠纷的标准和规则。这些解决纠纷的标准和规则，就是今天人们所说的原始习惯，但从本质上说，这些标准和规则就是我们今天所说的法律。只是其在表现形式和适用规则上不同罢了，那时没有法庭，更没有监狱等暴力机构，有的只是纠纷的调解机制，而这种机制又是在氏族长老或者首领的主持下进行的，它的后果也仅仅局限于赔偿或者罚没一定的

财产的层面上，至多将侵害人逐出部落，不准他再回到部落生活。而在生产力十分低下的时代，这种驱逐性的惩罚，就是最严厉的，因为，那时依靠个人是无法生存下去的，因此，一旦遭到驱逐的处罚，也就意味着判处了这个人的死刑。而且即使命令侵害人赔偿，其赔偿和罚没的财富的数量也是有限的，因为，那时人们所能够获得的财富实在太少了，如果赔偿或者罚没的太多，那就与驱逐没有区别了，生存仍然是摆在当时人们面前的首务。由此可见，人类所谓管理自己生活社会的制度和规范（法律）不是出现在国家出现之后，而是出现在国家出现之前的已经产生了私有观念和贫富分化的父系氏族社会之中。在父系氏族社会解体之后出现的国家，仅仅是把这些流传下来和已经被人们所认可的这些制度和规范加以编纂、总结、归纳、公布而已，国家的统治者和立法者是不可能自己发明法律的，法律是对于人类共同认可或遵循的习惯、道德、制度的汇编和总结，绝对不是立法者杜撰或者凭借所谓天才编造出来的，它是社会发展和人类自身发展到一定阶段的自然反映。

早在中国的颛顼和帝喾的时代，他们就曾经对社会上的一些已有的制度进行了改革。颛顼曾经“依鬼神以制义，治气以教民，洁诚以祭祀”。颛顼所做的只是顺应了当时社会发展的形势的需要而已，他“命南正重司天以属神，火正黎司地以属民”，改变了以前“家为巫史”，人人都能与神灵交往的局面，使宗教祭祀专业化，并使其与政治活动紧密相连。

《淮南子·齐俗训》载：“帝颛顼之法，妇人不辟男子于路者，拂之于四达之衢”，女子若在路上不小心碰撞了男人，便会带来晦气，所以在通衢要举行去垢的袚禳仪式。颛顼的这项规定反映了当时社会上男尊女卑的情况。这也是人类进入父权制社会之后的人类对于男女社会地位身份的认识的反映。根据《史记·五帝本纪》记载，帝喾“生而神灵，自言其名”，可见他是一位兼司神职的部落联盟首领。帝喾继续了颛顼的作为，使得祭祀与部落联盟首领的权力结合了起来。这种把

神权与政权结合的做法，开创了人类政治史上政神合一的体制，具有深远的历史意义。

帝喾之后又一个著名的部落联盟的首领就是尧。尧，名放勋，号陶尧，又称唐尧。尧的时期，自然灾害严重，社会动荡不安，尧就采取措施进行各种斗争，他“使羿诛凿齿于畴华之野，杀九婴于凶水之上，缴大风于青丘之泽，上射十日而下杀猰貐，断修蛇于洞庭，禽封豨于桑林、万民皆喜，置尧以为天子”。尧还命令羲氏、和氏观测日月星辰的运行情况以制定历法。尧治理天下注重家族的作用，做到“克明俊德，以亲九族，九族既睦，平章百姓，百姓昭明，协和万邦”，使得以黄帝族为核心的部落联盟更加巩固，取得了很大的成功，尧也因此而受到广泛的爱戴。

尧的时期开始实行禅让制度。他在位的时候，洪水泛滥成灾，“四岳”推荐鲧负责治水，尧以为鲧品德不好而无法担此重任，可是在“四岳”的坚持下，鲧还是被任命前往治水。果然，鲧因治水无功而被放逐到羽山。

尧在年老的时候，让“四岳”推荐继承人，大家一致推荐舜。尧采取各种办法对舜进行考验和培养，证明舜确实合格以后才把权力让给他。此后，又过二十多年尧才去世。舜正式继位以前，曾把权力让给尧的儿子丹朱，自己避居于南河之南，然而天下诸侯和民众却不信任丹朱，而拥戴舜。在这种情况下，舜才正式继位。

舜，名重华，号虞氏，又称虞舜。舜是冀州人，出身微贱，曾在历山种过地，在雷泽打过鱼，在黄河之滨做过陶器，在寿丘做过家具，在负夏做过买卖。舜继位以后，部落联盟更加发展，高辛氏和高阳氏的许多首领都被舜所任命。舜还命禹为“司空”，主持治理洪水、平定水土的事情；命弃为“后稷”，主持谷物播种；命契为“司徒”，主持教化；命皋陶为“士”，主持刑罚。这些官职的任命虽然未必实有其事，但却反映了舜与各部落的之间的广泛联系和受到各部落普遍尊崇的基本情况。

但是，作为部落联盟的首领，舜已经有了很大的权力。当时有浑敦、穷奇、梼杌、饕餮四个凶族，尧拿他们没有办法，舜在位的时候把这四个凶族流放到边远的地区，对其他一些不听命令的氏族和部落，如共工、欢兜、三苗等，舜也加以处理，还将治水无功的鲧放逐到羽山。

舜年老时将权位让给禹，他又过了17年才去世。禹在正式继位以前，仿禅让故事让位给舜的儿子商均，自己则避居于阳城，但是诸侯们依然拥戴治水有功的禹，禹这才正式继位。

禹的时期是中国社会正由野蛮迈向文明的巨大变革的时期。中国古人曾用“大同”与“小康”来对比巨大变革前后的情况。《礼记·礼运》篇描述禹继位之前的原始社会状况是：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦，故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏、寡、孤、独、废疾者皆有所养。男有分，女有归，货恶其弃于地也不必藏于己，力恶其不出于身也不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”而禹之后的“小康”时代，情况则有了明显的变化。《礼记·礼运》篇在描述禹之后的各时期的社会状况时说：“大道既隐，天下为家。各亲其亲，各子其子，货利为己。大人世及以为礼，城郭沟池以为固。礼义以为纪，以正君臣，以笃父子，以睦兄弟，以和夫妇，以设制度，以立田里，以贤勇知，以功为己。故谋用是作而兵由此起。禹、汤、文、武、成王、周公，由此其选也。此六君子者，未有不谨于礼者也。以著其义，以考其信，著有过，形仁讲义，示民有常，如有不由此者，在势者去，众以为殃。是为小康。”这里把禹作为小康之世的第一位代表人物，是很有道理的。禹是站在中国文明门槛上的第一位历史伟人，自禹之后，中国古代社会就跨进了文明的时代。这个文明时代的最主要的标志就是：中国社会已经从“天下为公”的“大同”时代迈进了“天下为家”的“小康”时代。划分这两个时代的重要标准是：私有制和私有观念是否已被人们所普遍接受。而“天下为家”的“小康”时代的主要标志就是人类社会从此进入了一个需要用明文的法律来规范和维系的法治文

明的时代。在“大同”世界中的那种以人的道德理念就可以作为治理社会依据和规范的时代从此一去不复返了，人类社会从此进入了一个更加色彩缤纷、纷争迭起的崭新的文明时代。

---

1. 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，载《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社1972年版，第92页。
2. 参见张艳玲、隆仁主编：《世界通史》（第一卷），中国致公出版社2001年版，第36—37页。
3. 关于中国最早商人出现的情况可参见拙作：《华夏商路》，知识产权出版社2014年版，第一章和第二章的内容。

第三节

原始习惯与法的源头

一、原始社会习惯的性质

19世纪美国著名学者路易斯·亨利·摩尔根写于1871—1877年间，1877年在美国出版的名著《古代社会》（副题为“人类从蒙昧时代经过野蛮时代到文明时代的发展过程的研究”，英文名：Ancient Society）的第二编“政治观念的发展”中指出，人类社会有两种组织方式，原始时代是以氏族、部落为基础的氏族制度社会组织，即原始公社制；文明时代的阶级社会是以地域和财产为基础的政治社会即国家。他认为这是人类历史发展的共同途径。他用大量的资料详细地叙述了氏族组织的发展过程；论证了原始时代氏族制度存在的普遍性，认为氏族是当时社会制度的基本组织单位，并且阐明了氏族的本质。他在对于北美的易洛魁人进行深入研究的基础上，指出北美易洛魁人属于典型的母系氏族制，其基本特点是世系和财产由女性继承，有一套包括氏族、胞族、部落、部落联盟的社会组织，这个社会组织按照原始的民主制组成，各层组织都有自己的职能。他认为氏族出现时人类处于群婚状态，只能按母方识别世系，因而最早的氏族必然是母系制，即母系氏族制。他指出，氏族是从母系制发展为父系制的，促成这一转变的动力是私有财产的出现，父系氏族社会中财产制的一个重要的特征就是父亲要把财产传给自己的亲生子女。

易洛魁人系北美洲印第安人的一支。分布在美国纽约、威斯康星、宾夕法尼亚和俄克拉荷马诸州，以及加拿大安大略和魁北克两省。属蒙古人种印第安类型。该支包括塞内卡人、卡尤加人、奥内达

人、摩霍克人和奥南达加人，旁支包括伊利人、切罗基人等，共有十多个部落。他们使用易洛魁语，属印第安语系霍卡—西乌语族，信基督教新教，但仍保持多神信仰和自然崇拜。易洛魁人从事锄耕农业，兼营渔猎和畜牧、制陶和编筐等手工艺。其长期实行母系氏族制。氏族以图腾命名，以议事会为权力机构，并严格实行族外婚。母系大家族是基本社会单位，居住在一个长屋之内，过着共同的经济生活。血统和财产继承按母系计算，妇女地位较高。易洛魁人诸部落的生活型态为半定居式，从事农耕，必要时将部落以栅栏围住，居於可容纳许多家庭的长形房舍。利用榆树皮来覆盖房舍，或制作诸如桶、盘等容器，和建造独木舟。聚集数百人的村落自成一社会和经济单位。

尚处于氏族社会发展阶段的易洛魁人，有着一些特殊的习惯，这些习惯从其本质上说，具有社会规范即原始法的特性。

在易洛魁人的部落里，男人结伙建造房舍、架设栅栏、捕鱼、狩猎、巡行、贸易、竞技、保卫村庄免遭攻击和出征。女人则编成组别，各由一名老妇指挥，在村落外围的玉米、豆类和南瓜田里耕作。收获之后，家庭猎鹿小组即深入森林营宿，至仲冬返家。春季鱼汛则吸引各家庭迁至附近的溪流和湖泊入口处。

他们由有同一血缘关系者组成氏族，氏族组成半偶族，半偶族组成部落或种族，种族组成联盟。亲属关系和地域是政治生活的基础。每一个社区都有由成年男子组成的议事会，辅导村落首领。易洛魁人喜好开会，将大量时间耗费在会议上。与会者则依地域、性别、年龄和即将讨论的特定议题来分组；每组均有自己的议定书和计画，以争取大多数人的同意。

他们正式的宗教有6个农业节庆，并以冗长的感恩祷告仪式为特点。还有批准某些政治活动的仪节，比如缔结和约的仪式。大部分的风习迄今尚存。他们的亲属称谓制中，一个人的父亲和父亲的兄弟共用一个称呼。而母亲和母亲的姐妹则共用一个称谓。但是，一个人的父亲的姐妹和母亲的兄弟各有别的称谓。这种称呼重要的是区分平表

和交表。对于一个人来说，交表不如平表。因为在一个人的同辈中，兄弟、姐妹、平表共用一个同样的称谓。易洛魁式亲属称谓制分布很广，通常与单系继嗣群一同发现，尤其是在组织较散漫的母系社会组织中更易见到。

易洛魁人生性好战，自尊完全取决于个人获得的荣耀。各部落间时常发生战争，使得本就为数不多的易洛魁人越来越少。因此，俘虏不被处死，而是被当做奴隶使唤或收留下来，以取代战亡的亲人。氏族选举一个酋长和一个酋帅。酋长必须从本氏族成员中选出，他的职位在氏族内世袭，一旦出缺，必须立刻重新补上；军事领袖也可以从氏族以外的人中选出并且有时可以暂缺。由于易洛魁人奉行母权制，因而酋长的儿子属于别一氏族，所以从不选举前一酋长的儿子做酋长，而是往往选举他的兄弟做酋长，或者选举他的姊妹的儿子做酋长。所有的人，无论男女，都参加选举。不过选举须经其余七个氏族确认，只有在这以后，当选为酋长的人才被由全易洛魁联盟的联合议事会委任。酋长在氏族内部的权力，是父亲般的、纯粹道义性质的，他手里没有强制的手段。此外，由于他的职位，他也是部落议事会以及全体易洛魁人联盟的议事会的成员。酋帅仅仅在出征时才能发号施令。氏族可以任意罢免酋长和酋帅。这一切仍是由男女共同决定。被罢免的人，此后便像其他人一样成为普通战士。此外，部落议事会也可以甚至违反氏族的意志而罢免酋长。

易洛魁人的习惯规定，氏族的任何成员都不得在氏族内部通婚，这是氏族的根本规则，维系氏族的纽带。摩尔根由于发现了这个简单的事实，就第一次揭示了氏族的本质。其实，在氏族社会时期，氏族内部禁止通婚是被严格遵守着的。

根据易洛魁人的习惯，死者的财产转归其余的同氏族人所有。因为尚处于氏族社会发展阶段的易洛魁人所能遗留的东西为数很少，所以他的遗产就由与他血缘关系最近的同氏族亲属分享；男子死时，由他的同胞兄弟、姊妹以及母亲的兄弟分享；妇女死时，由她的子女和

同胞姊妹而不是由她的兄弟分享。根据同一理由，夫妇不能彼此继承，子女也不得继承父亲的财产。

易洛魁人的同氏族人必须互相援助、保护，特别是在受到外族人伤害时，要帮助报仇。依据他们法则，凡伤害个人的，便是伤害了整个氏族。因而，从氏族的血族关系中便产生了那为易洛魁人所绝对承认的血族复仇的义务。假使一个氏族成员被外族人杀害了，那么被害者的全氏族就有义务实行血族复仇。当然，并不是一开始就必须付诸于武力，起初是试行调解，行凶者的氏族议事会开会，大抵用道歉与赠送厚礼的方式，向被害者的氏族的议事会提议和平了结事件。如果提议被接受，事情就算解决了。否则，受害的氏族就指定一个或几个复仇者，他们的义务就是去追寻行凶者，把他杀死。如果这样做了，行凶者的氏族也没有诉怨的权利，事情就算了结了。

易洛魁人的氏族有固定的人名或几套人名，在全部落内只有该氏族才能使用这些人名，因此，氏族个别成员的名字，也就表明了他属于哪一氏族。氏族的人名一开始就自行带来氏族的权利。

易洛魁人的氏族可以接纳外人入族，并用这个办法吸收他们为整个部落的成员。这样，未杀死的俘虏，由于被一个氏族接纳入族，就成为塞讷卡部落的成员，从而获得了氏族和部落的一切权利。接纳外人入族的事情，是根据氏族的个别成员的提议而实行的：男子可以提议接纳外人为兄弟或姊妹；女子可以提议接纳外人为自己的孩子；为了确认这种接纳，必须举行入族仪式。个别因特殊情形而人丁不旺的氏族，常常由于大批接纳别一氏族的人入族而重新兴旺起来。在易洛魁人中间，入族仪式在部落议事会的公共集会上举行，实际上已经变为一种宗教仪式。

在易洛魁人的六个一年一度的宗教节日期间，各个氏族的酋长和酋帅，由于他们的职位，都被列在“信仰守护人”以内，而执行祭司的职能。氏族有着共同的墓地。纽约州境内四周都为白种人包围的易洛魁人，他们的墓地现在已经绝迹了，但从前是存在过的。在其他印第

安人那里，这种墓地还保存着；例如，和易洛魁人有近亲关系的吐斯卡罗腊人，他们虽然是基督徒，但在墓地上，每一氏族都独成一排，所以，总是把母亲而不是把父亲和孩子埋在一排。而在易洛魁人中间，死者的全氏族都要参加葬仪，营造坟墓，致悼词等等。

在易洛魁人所代表的母系氏族社会里，氏族的议事会，是氏族的一切成年男女享有平等表决权的民主集会。这种议事会的基本职责是：（1）选举、罢免酋长和酋帅，以及其余的“信仰守护人”；（2）作出被杀害的氏族成员是否接受赎罪献礼（杀人赔偿金）或实行血族复仇的决定；（3）决定是否收养外人加入氏族。总之，它是氏族的最高权力机关。这些由氏族议事会作出的决定，就是人们必须遵守的规则，这些规则的性质实际上就是我们现在所说的法律，如果硬要使它与我们现在所说的法律有所区别而要给他一个定语，那就是所谓的“原始法”或者“习惯法”。这种“原始法”或者“习惯法”无疑是由前面已经论及的那些原始习惯发展而来的。

因此，可以说，习惯是在社会生活中经过长期实践而形成的为人们共同信守的行为规则。在氏族社会中，它是氏族社会全体成员共同意志的体现，如禁止氏族内通婚、氏族成员互相帮助、共同防御一切危险和侵袭以及血族复仇等，这些习惯都是为了维护当时人类生存而自然形成的共同行为规则。它是依靠传统的力量、人们内心的信念和氏族长的威信来维持的。[注]易洛魁人所遵守的上述这些习惯，实质上已经具有了规范氏族集体行为的法律的性质，即所谓的习惯法，只不过从形式上看，这些习惯还没有以所谓法律的形式颁布出来而已。这至少证明了在氏族社会里也是存在着规范人们行为的社会准则的，而不是如人所认为的，那时的社会是无序或者仅仅依靠着人们所谓的原始道德来维系的。氏族社会的到来，标志着人类已经完全迈入了文明的时代。氏族社会的这些习惯好习惯法就是人类法律的前驱和法治文明的曙光。

二、从原始习惯到习惯法

古希腊哲学家柏拉图认为，在古代，人们当时尚无立法者，当时根本没有这一类东西存在，最初连文字也没有，人们根据习惯或他们称之为他们祖先的法律而生活。注在这里，柏拉图已经把古代人们的习惯与法律并提，认为习惯就是人类祖先的法律，这实际上也回答了法律的渊源问题，即习惯乃法律的渊源。

摩尔根在《古代社会》中，还记述了希腊人、罗马人的法律起源资料。他指出，希腊人各氏族都有其执政官，每个胞族都有其胞族长。他转引德·古朗士的过法令。在胞族中，和在家族中一样，有一位神，有一个祭司团体，有一个法庭和政府。”注他指出，在古希腊人中巴赛勒就是部落的最高酋长，“在发生谋杀案件时，他也有司法之权”。他还指出，古罗马“每一个人都同本氏族以外的人结婚。这无疑是遵守习惯法的通例。”他列举了表现罗马氏族特征的九项“权利、特权和义务”。这些权利、特权与义务，和易洛魁人大致相同。他推论古罗马氏族的法律，规定了遗产继承的具体法等等。

关于法律的起源问题，在中国的学术史上，历史上不同时期的思想家、政治家都分别提出了各种不同的观点与主张。

古代神权法思想认为，德礼行政起源于天意与神道。先秦道家学派认为，法律起源于道，即天地宇宙间客观存在的自然规律或固有法则。先秦法家认为，法律起源于“定分止争”的需要。先秦荀子认为，法律起源于惩恶扬善的需要。宋代理学家认为，法律起源于理。近代以来以苏联为代表的法学理论界认为，法律至少应与国家同时产生，甚或先有国家后有法律，亦即，法律是伴随着国家的出现而出现的，因为，它是国家按照统治阶级的意志制定或认可的。而在中国学界流传最广的观点则是刑始于兵与礼源于祭祀的两种说法。

上述的古代神权法思想认为德礼行政起源于天意与神道的观点，其主要是根据《魏书·刑罚志》：“德刑之设，著自神道。圣人处天地之间，率神祇之意”，“是以明法令，立刑赏。”和《汉书·刑法志》：“圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”这里所说的天意、神道，多带有神话和虚幻的味道，不足以作为一种理论的客观依据。道家学派的思想，则来自于《老子道德经》所提出的“人法地，地法天，天法道，道法自然”的哲学命题，如果将其附会于法律起源的理论依据，似乎亦显牵强。法家所提出的法律起源于“定分止争”的需要之说，来源于《管子》：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也”，其这里所讲的似乎又是法律的作用，而非法律的起源问题。荀子的法律起源于惩恶扬善的需要之说，其实质上与管子的思想是一致的。宋代理学所谓的“法者，天下之理”，也是一种哲学的理念，无法去解释法律的起源问题。而以苏联为代表的观点，则似乎陷入了一种将国家的起源与法律的起源混为一谈的泥沼，且无法依据该理论解释中国法律起源的问题。因为，无论是国家或者法律起源的过程，都是一个漫长的发展过程，在此期间，也很难证实国家就注定出现于法律（广义的法律，不仅仅指国家统治者颁布的法律文件，也应包括调整部落内部关系和部落与部落之间关系的习惯）之前。如果将国家和法律的起源混为一谈，则有可能陷入循环论证的泥坑，也无法正确地去理解法律的起源问题。况且，世界上各国、各地区之间的历史、文化的差异性很大，如果用一种理论去解释所有地区的法律起源问题，恐也无法得出更接近于历史真相的结论。因而，究竟应当如何理解和认定中国法律起源的问题，就需要从中国历史发展和传统文化的实际状况出发，才能得出最接近中国法律起源的历史真实情况的结论和观点。

中华民族的主体从远古开始便生活在黄河、长江流域。大约在6000年前，已逐渐摆脱狩猎和采集经济，进入以种植经济为主的原始农业经济。在迈入文明门槛的前夕，在交通极不方便的条件下，这里是一个与世隔绝的天地。在这样的环境中，氏族纽带变得更加强韧。

氏族社会，是以血缘关系联结起来进行生产和生活，是人类摆脱原始群后最早的组织形式。在人类发展史上，先经过的是母系社会，那时，人们均“知母不知父，无亲戚、兄弟、夫妻、男女之别”。但随着生产力的提高和男子在生产中逐渐处于主导地位，在大约公元前5000年左右，中国进入了父系氏族社会，从而使父权家长制逐渐在中国建立起来，因而人们的血缘关系不但未松动、解体，反而越来越牢固，家国一体的格局，也越来越明确。在国家正式形成之后，国家组织的发展，不过是统治者贵族的血缘关系亲疏尊卑的日益制度化、法律化的反映。这个过程开始于夏，经历殷商，至西周趋于完备，最典型的就是西周宗法制度的确立及其发展。这也就是中国以后所谓家国不分的思想观念的形成的滥觞与基础。

在中国古代传说中，有许多德高望重的英雄人物，他们以“天下为公”，例如前文已经提及的尧、舜等，即所谓有关禅让的传说。尧以舜为继承人，接受的是“四岳”的推举，在征得四岳同意后作出决定。而当舜以禹为继承人时，则并未与四岳商议过，可见，到了舜就没有尧时那么“民主”了。而且，当舜还在帝位时，禹已经有了极大的势力，舜几乎成为了偶像，例如，在一次部落首领大会上，防风氏迟到了，便遭到了舜的杀害。这里已毫无“民主”可言。禹死，以天下授益，也未与大家商量。后因益根底较浅，天下不服，故诸侯皆去益而朝禹之子启，于是启遂即天子位，成了家天下的始祖。由此可见，从尧到舜再到禹，“帝”的权威在急速膨胀，从而终结了所谓“大同”之世。但此时的“帝”还是松散的部落联盟的君主，他与秦始皇以后的专制君主无法相比，他只不过是众诸侯国的首领。但是，无论如何，这种事由一人而断的制度，是中国走向君主专制的前驱，也是中国专制制度发展的滥觞。此后，所谓“法自君出”也就成为了历史之必然。

在中国的氏族部落中，伴随着氏族纽带的日益强韧和部落联盟首领权威的日益强化，祭祀神灵和祭祀人鬼活动，便成为了加强氏族纽带的作用和强化部落联盟首领的权威合法和合理化的一个重要手段和过程。通过这些祭祀活动，可以让部落的普通民众感受到他们首领的

所作所为完全是根据上天和神灵的旨意，而非出自他们自己的臆断。比如，在征讨其他部落之前，就需要祭天地，部落首领要向天地神灵讲述这次征讨的必要性，以求得上天的庇佑和理解。同时，通过这些祭祀活动，也让部落的民众更加敬重和服从于他们的首领，以达到强化首领权威的目的。而要进行这些祭祀活动，就必须要有一定的规则和程序，这些规则和程序，渐渐地转化为礼。

礼，最初是祭祀神灵和祭祀人鬼的器具，后来供祭的酒也叫礼，再后来凡是进行祭祀的一切活动统统叫礼。礼实际上最早的涵义也就是为祭祀而举行的仪式，是人们自觉遵循的习惯。《说文解字·示部》解释说："礼，履也，所以事神致福也"，即指礼仪活动。《礼记·礼运》载："夫礼之初，始诸饮食，其燔黍捭豚，污尊而抔饮，蒉桴而土鼓，犹若可以致其敬于鬼神"，描述了礼的起源过程——它最初起源于人们的饮食供奉和原始的乐舞活动——人们在石板上烤制谷物畜肉，在地上挖成酒穴掬捧而饮，敲击土制的乐鼓伴舞，以表达对神明的尊崇和敬畏。这是华夏先民们最早的宗教祭祀仪式，后世的宗法礼仪制度及伦理道德规范即源于此。但在当时，不是任何人都可以参加氏族祭祖仪式的，首先外祖人不行，到了氏族社会晚期，氏族成员之间的财富差别日益明显，掌握权位者也同时占有财富，逐渐形成了氏族的贵族。这些贵族垄断了祭祀的主祭权，同时，也就控制了萌芽状态中的政治权力。在这个转变过程中，政权与神权逐步合而为一，原始状态的礼也逐渐由氏族习惯演化为具有了法的性质和作用，用来区别血缘关系亲疏尊卑的礼。进入阶级社会之后，统治集团为了维护自身的利益，让全体社会成员甘心情愿地服从于他们的统治，规制社会秩序，便不断对礼加以改造，使其日益繁缛复杂，并赋予了一定的强制力，礼遂成为人们必须遵守的制度性规范，与刑等其他法律形式共同维系和调整各种社会关系与法律关系。

自此，礼便由原始习惯演化为习惯法，发展到西周终于形成了宗法制。这是中国古代法制的一个重要特点。因此，礼，是中国法律的

源头之一。而礼从本质上讲，它就是一种习惯，它也是从原始习惯发展而来的。

我国古代史书还记载了一些我国国境内外落后诸族的史料，其中也有一些可以作为旁证，说明早在原始社会就已有了习惯法。例如《三国志·魏志·乌桓传》注引《魏书》叙述乌桓的习俗说：乌桓人选举勇健能战、公平解决争讼的人做大人”；各部落有小帅；大人和小帅都由选举产生，不世袭。数百千人自为一部。大人有呼召，各部落不敢违犯。大人以下，各自畜牧治产，不相摇役。没有正式的法律，他们相约：违大人的命令则死，抢掠不止亦死。部落间有仇怨，得自相报复，报复不止，请大人评判，理屈的部落出牛羊赎罪。

与我国接邻的印度，其原始社会的情况也说明那时已有习惯（法）。印度雅利安人部落“走向解体时期，进入军事民主制阶段。每个部落包括几个村落……部落的民主机构有两种，即萨布霍与萨米提。萨布霍是部落的议事会，由部落中的少数上层分子即长老们组成。萨米提是部落的人民大会，由全体成年男子组成。……部落的重大间题，如立法和各种决策都在这里讨论。司法事务侧重由萨布霍来处理。”注

从以上这些情况，大致可以断定早在我国奴隶制社会诞生之前，在原始社会的末期，即已有了凭借强制力而施行的习惯法，而这种习惯法就是所谓的原始法。

而习惯法则又是从氏族习惯——氏族戒律发展而来的。

中国历史上传说的炎帝、黄帝的时代，大体相当于母系氏族社会的末期。距今六、七千年以前的仰韶文化时期，则是母系氏族社会的繁荣时期。母系氏族社会时期较之原始人群时期更趋于社会化，更需要调整社会关系的共同规范—氏族习惯。

中国一些学者、专家研究认为，被赋予了浓厚神秘面纱的道教早期女神——西王母（即王母娘娘）在历史上确有其人，她就是早期原

始母系氏族社会时期的部落首领。研究昆仑文化的学者李晓伟说：“事实上，被无数神话光环笼罩的西王母并非天仙，而是青海湖以西游牧部落的女酋长。”[注]

“氏族是以血缘关系为纽带结成的原始社会基本的社会经济单位，产生于旧石器时代的晚期。生产力的发展，要求原来各自孤立的集团与集团之间保持一定的联系，而当时人类已转入相对定居的生活，这就为维护这种联系提供了可能。”[注]维持这种关系，就产生了早期氏族不成文的氏族习惯——氏族戒律。这时所谓的戒条即禁止氏族成员的一切个人行为及集体活动，维护氏族社会的一系列生活秩序。如人类在实践中逐渐认识到兄弟姐妹之间的同辈婚姻对后代体质发育所造成的危害，于是，人类不但排斥了集团内部的异辈之间的通婚，而且也禁止了兄弟姐妹之间的通婚。

血缘家庭是一个较小的群体，通常只有二、三十人，但它是一个生产生活单位。族内通婚的禁止是逐渐实现的，氏族成员只有在氏族之外才能找到通婚的对象，故而两个互通婚姻的氏族构成一个部落。其实，许多氏族习惯是通过通婚逐渐扩大形成部落性的大习惯，这种习惯是部落、氏族成员人人均要遵守的，包括氏族信仰、氏族权力的维护、氏族道德观念、氏族祭祀、氏族通婚、氏族崇拜等等。全盛的氏族习惯包括氏族习惯、胞族习惯、部落习惯等等。

这种产生在原始公有制基础上的氏族习惯，是协调社会纠纷、约束人们共同劳动以及平均分配的共同准则。正如恩格斯所指出的：“一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决；或者由各个氏族相互解决”，“在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了”，[注]这种习俗就是氏族习惯，在习俗中的一切习惯性的禁忌便成了氏族戒条。所以，当时没有也不可能有调整私有财产关系与阶级关系内容的习惯。应当指出，母系氏族社会最初产生的原始习惯是相当“简单幼稚”的。这是由当时以采集和渔猎为标志的母系氏族社会的低下的生产力水平所决定的。

一般认为，氏族时代是原始社会的共有制时期，到母系氏族进入繁荣时期，同时也开始了向父权制的转化，这时人们物质生活水平也出现了某种程度的差别。中国历史上传说的神农时代大体相当于这一时期，《白虎通》说："神农因天之时，分地之利，制耒耜，教民农作"。《逸周书》也载有神农"制陶"与"教民农作"，实际上是当时人们集体创造的结果。属于仰韶文化范畴的西安半坡遗址，发现陶罐、尖底瓶、陶钵等盛装食粮与生活用品的各种陶器，以及玉耳坠、面珠等美化装饰品。在半坡遗址的公共墓地中，发现一女孩随葬物品多达七十九件，几乎等于其他成人随葬品的二十倍。[注]这反映私有制已出现，氏族习惯已产生微妙变化，已有尊卑贵贱之分了，当然也有确认财产私有的新的氏族习惯。

但因母权制时代物质生产极其有限，私有观念刚刚萌发，不可能从根本上动摇原始公有制的基础，更不可能产生完整的私有制以及贫富的两极分化。当时，包括土地、河流、森林、牧场在内的一切生产资料全归氏族公社所有，个人只拥有少量的生产工具与生活资料。且按照习惯，只能转赠或随死者下葬，或者由死者子孙继承，而不能买卖。这种习惯沿袭了千百年形成了传统，一直为氏族成员所共同遵守。所谓"神农无制令而民从"[注]"政刑不用而治，甲兵不起而王"，[注]即是说当时人们只凭氏族的公共组织与传统习惯的约束，便可以正常地进行生产活动与社会活动，无须建立维护私有制的新习惯，更不需要建立维护阶级压迫与剥削的国家与法制。

到父系氏族社会时，商品交换与个人财富的聚集日益增强，并最终导致了私有制的产生与阶级的分化，以及人们在实际生活中的不平等关系。与此相适应的是氏族习惯的内容也发生了显著的变化。主要体现在以下方面：

1.确认部落联盟酋长的权威地位。《尚书·尧典》有"（虞舜）流共工于幽洲，放驩兜于崇山，窜三苗于三危，殛鲧于羽山，四罪而天下咸服"的记载，《国语·鲁语》也有"禹朝诸侯于会稽之

上，防风之君后至，而禹斩之”的记述。文献中记载的这类传说，反映了氏族习惯的某些变化，即不但确认部落联盟酋长的权威地位，而且赋予他们临事处置的大权。这时的氏族习惯已有戒律的处罚作用了，但在一定意义上，它已超过了戒律的处罚程度，已有了法的概念了。

2.确认保护私有财产的习惯。父权制社会逐步改变了母权制的平均分配传统，规定个人所获猎物为自己私有财产，不归集体分配。此外，氏族公社的公有财产以及集体掠获其他部落的财产，按照父权制的习惯，氏族首领与部落联盟酋长可以取得超出常人的更多份额，不再实行平均分配。

3.制定习惯权制的多为部落首领、部落联盟酋长、祭祀活动的主持人等，这些人对部落与氏族、胞族等习惯已有了等级、职位、尊卑之分了。

4.确认有关处罚的习惯。这种处罚没有专用的文字条款，因为这时还没有阶级的出现，国家还没形成，这些处罚只能是戒律性处罚。这时的原始习惯已正式形成了原始氏族戒律，而氏族公社制度已经走到了尽头，不单部落联盟制、军事民主制发展到高峰，有关处罚的习惯也发展到顶点。据文献记载，原始社会的舜禹统治时期，特别是大禹统治的时期，这一时期确立了不少有关处罚的习惯。《尚书·舜典》载有“流宥五刑。鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。眚灾肆赦，怙终贼刑。”《竹书纪年》说：“帝舜三年命皋陶作刑”。《新语·道基》说：“皋陶乃立狱制罪，悬赏设罚，异是非，明好恶，栓奸邪，消佚乱，民知畏法。”另据《左传·昭公十四年》引《夏书》说：“昏（劫掠）、墨（贪赃）、贼（杀人不忌）杀，皋陶之刑也。”这是说皋陶制定了氏族习惯处罚制度。说明这时已有了明确条文习惯，也就是条文戒律。皋陶原本为黄淮地域部落首领，做了联盟机关的“士职”（掌管审断的职位），所以，处罚及规定习惯的工作就自然落到他的身上。

5.政教合一是原始社会的一大特色。氏族的部落首领、酋长、族长多为祭祀活动的主祭者，她（他）们多为早期巫祝。她（他）

一方面领导氏族或部落日出而作，日落而归，一方面又主持氏族及部落祭祀祈神活动。其实，氏族习惯中许多习惯多为祈天祷神习惯。原始人类已隐隐感到自然界具有一种不可抗拒的力量，加之对祖先的敬仰与崇拜，产生对守猎、鱼樵、山谷、河流、葬礼等方面禁忌的习惯，这就是早期的原始宗教习惯。这时政教完全是合一的。

此时，便产生了习惯法，即依据某种社会权威和社会组织，具有一定强制性的行为规范的总和。习惯法产生的过程大致是这样的：因为当时生产力水平十分低下，人类通过自己劳动所能够获得的食物及产品十分有限，因而，氏族或部落的对外掠夺战争就势在必行，氏族内部对于食物与物品的互相侵夺也在所难免。这样，在当时就产生了解决或抑制人们之间时而产生的摩擦、冲突的习惯法，当然也就有了法官、法庭、监狱和诉讼活动等。传说中也有一些这一方面的记载，例如：“唐虞有制令而无刑罚，夏后氏不负言。”[注]“伏羲神农教而不诛；黄帝尧舜诛而不怒。”[注]

这里的“制令”与“言”是用以约束人们行为的习惯法。“不负言”反映的是人们有时遵守这些习惯法，而且这种时候居多，但也有时不遵守这些习惯法，因而不得不施以“诛”的极刑。除了处死的之外，另一些罪犯则加以监禁，于是便有了监狱。那时的监狱有叫“圜土”、有叫“台”的。“芬作圈土”。[注]“夏曰夏台”。[注]说的就是监狱。据传说“昔尧德衰为舜所囚也”，“舜囚尧，复偃塞丹朱，使不与父相见也。”[注]据传后来禹又用同样的办法对付舜，先把他关起来，后来又杀掉：“舜逼尧，禹逼舜，汤放禁，武王伐封，此四王者，人臣之拭其君者。”[注]可见，依照氏族内习惯法的规定，惩罚不遵守首领命令，或者侵犯了氏族其他成员或者氏族集体利益的行为，已经成为了一项专门的工作，并且已经由专人负责，而逐渐摆脱了公共审判的习俗。人类自此也逐步买入了建立统治机器——国家的门槛。

三、獬豸的传说

在成书于中国战国初年到汉代初年的一部富于神话传说的最古老的奇书《山海经》中，记录了这样一则奇闻：

> “东北荒中有兽，如牛一角，毛青……见文斗则触不直，闻人论则咋不正，名曰獬豸。”

獬豸，也称解廌或解豸，中国古代传说中的一种神奇动物，也是古代神裁制度下产生的著名神兽，又被称为“法兽”。根据成书于汉章帝元和三年（86年）、被称为“疾虚妄古之实论，讥世俗汉之异书”的《论衡》和同时产生于汉朝的融合了先秦诸子百家学说精华部分的奇书《淮南子·修务篇》的说法，獬豸身形大者如牛，小者如羊，样貌大致类似麒麟，全身长着浓密黝黑的毛发，双目明亮有神，额上通常有一只独角，据传角断者即死，有被见到长有双翼，但多数没有翅膀。因为只有一只角，故又俗称独角兽。它能辨曲直，拥有很高的智慧，能听懂人言，对不诚实不忠厚的人就会用角抵触，它“见人斗，则触不直者；闻人论，则咋不正者”，意即“见到别人在争斗，则用角去触那个不正直的人；听到别人在争论，则去咬那个不讲理的人”。当人们发生冲突或纠纷的时候，独角兽能用角指向无理的一方，甚至会将罪该万死的人用角抵死，令犯法者不寒而栗。帝尧的刑官皋陶曾饲有獬豸，凡遇疑难不决之事，悉着獬豸裁决，均准确无误。正是由于獬豸象征着公正，所以，在古代，它就成了法律与正义的化身，御史等执法官员所戴的帽子被称为獬豸冠，有些朝代执法官员的衣服上还绣有獬豸的图案。自古以来獬豸被认为是驱害辟邪的吉祥瑞物，也是五脊六兽中的一种。后世常将普通的羊饲养在神庙，用来代替獬豸。

獬豸从它产生之时起就与法结下了不解之缘。这还可从古代“法”字的结构得到解答，古体的“法”字写作“灋”，而“廌”即为獬

豸，“廌、法”二字合为一体，取其公正不阿之意，所以从水，取法平如水之意。獬豸作为法律象征的地位就这样被认定下来。由“灋”到“法”，“廌”字虽然已被隐去，然而它象征的中国传统法律文化并没有消失。

但是，并不曾有人亲眼见识过獬豸究为何物，因而引出人们的诸多遐想，有人认为它象鹿，有人称它似牛，更多的说法还是羊。除了相关的古籍如《后汉书》、《论衡》、《五杂组》等记述之外，考古发现，秦之前文物中的獬豸都是一角羊的造型，牛形獬豸则出现在东汉之后。

作为中国传统法律的象征，獬豸一直受到历朝的推崇。相传在春秋战国时期，楚文王曾获一獬豸，照其形制成冠戴于头上，于是上行下效，獬豸冠在楚国成为时尚。秦代执法御史带着这种冠，汉承秦制也概莫能外。到了东汉时期，皋陶像与獬豸图成了衙门中不可缺少饰品，而獬豸冠则被冠以法冠之名，执法官也因此被称为獬豸，这种习尚一直延续下来。至清代，御史和按察使等监察司法官员都一律戴獬豸冠，穿绣有“獬豸”图案的补服。

古人理解和研究獬豸的时候，都紧扣着执法的主题。由此，干脆称其为任法兽，这见于《神异经》：“獬豸忠直，见人斗，则触不直；闻人论，则咋不正。一名任法兽。”还发明了一种执法者的官帽，称为獬冠。《淮南子·主术训》：“楚文王好服獬冠，楚国效之。”这样的官帽，汉代称其为法冠。《后汉书·舆服志下》记，法冠高桶状，取“铁柱卷”式造型，“或谓之獬豸冠。獬豸神羊，能别曲直，楚王尝获之，故以为冠”。獬豸帽在春秋时代已出现，秦代时执法御史戴着它，汉代因循下来。古时称御史冠为獬豸，进而以獬豸代指执法官。

显然，獬豸形象是人类曾以神判法的遗迹。进入近代，人们仍将其视为法律与公正的偶象。然而无独有偶的是，在西方，独角兽也被认为是纯洁的象征。人们认为它的角的力量能够压制任何道德败坏的事情。同时，它还有贞洁的含义，是完美骑士的代表。

从獬豸的身上，我们至少可以得出以下几个结论：

1.早在人类蒙昧时代，人类就已经渴望能够得到体现了正义理念的神兽的护佑，从而实现惩恶扬善的目标。

2.人类自古以来就把公正执法作为执法官的一种必备的素质和禀赋，人类所向往的符合人类要求的执法官必须像獬豸那样公正的执法，否则，法律的公正的禀性就无法得到真正的体现。

3.这种公正执法的依据就是人类所公认的公理和天意，而这种公理和天意又是普通执法者所不具备的，只有像獬豸这样的神兽才具备这种公正的禀赋。

4.反映了人们对于现实中普遍存在的不公现象的强烈不满，渴望能够出现具备獬豸这样公正不阿的禀赋执法官出来为普通的民众找回应有的世间公道。

5.獬豸现象的出现表明人类对于实现公正的法治社会的渴望和要求。

四、结论

综观上述关于原始社会易洛魁人、希腊人、罗马人、中国人等的情况，可得出如下结论：

1.早在原始社会就存在调整人们之间关系的习惯法。

2.这些习惯法大致涉及处理：财产及财产继承；婚姻；选举；氏族或部落内的人身侵害及复仇；部落间的关系等等。

3.越接近原始社会的崩溃时期，这些习惯法就越来越多，并且越来越深刻地带上了阶级剥削与阶级压迫的内容。

4.原始社会的习惯法是人类阶级社会法律的源泉。

从上述几点结论出发，我们进而又可以推导出以下结论：

1.既然调整人类社会生活的法律早在原始社会已经出现，就说明法律并不仅仅是阶级社会的独有现象。在生产力如此低下，人类的人口尚十分稀少，人与人之间的关系尚那么简单的原始社会尚有法律存在，那么，对于我们今天生产力已经如此发达，人类人口已经千百万倍于昔日，人与人之间的关系已经复杂到了无以伦比的阶级社会，如何能够缺乏调整人类社会关系的基本准则——法律。

2.原始社会习惯法的主要特性乃是其社会性。这种习惯法虽然后来越来越多地带有了阶级性，但是其社会性却始终没有消失殆尽，相反随着人类社会的不断发展，法律的社会性还得到了更加的彰显。世界各地原始社会的习惯法中无一例外地都规定有血亲不得通婚，这显然是用以保证人种的延续和进化的需要，系人类在自然成长过程中对于自然规律的不断认识深化的结果，绝不是人类仅凭自己的意志臆造出来的习惯和法则，而是顺应自然规律客观要求的产物。这一条法则在后来的一切社会形态的法律中都被保留并强化起来，这就是法律之社会性始终不灭的确证和基本原因。在社会已经发展到今天的阶段，法律的社会性不但没有消失，反而逐步成为了法律的主导方面。例如，环境保护法律体系、保障民生法律体系等都是促进社会健康发展的不可或缺的基本社会准则，而不论其社会性质和所有制形式是否相同。

---

1. 参见《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第87页。
2. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第21页。
3. 《古代社会》原注：安东尼约·德·艾瑞腊，《美洲大陆及群岛通史》，共六卷，约翰·斯蒂文斯英译本（伦敦，1725一1726年），第4卷第171页。
4. 参见《世界上古史纲》，天津教育出版社2007年版，第357一369页。
5. 李晓伟：《昆仑山:探寻西王母古国》，天津社会科学院出版社2001年版，第14页。

6. 齐涛主编：《世界通史教程》，山东大学出版社2000年第2次印刷，第14页。
7. 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第92－93页。
8. 曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社2000年第2次印刷，第19页。
9. 《淮南子·汜论》。
10. 《商君书·画策》。
11. 《论语·泰伯》。
12. 《淮南子·记论训》。
13. 《商君书·更法》。
14. 《太平御览》引《风俗通》。
15. 《史记·五帝本纪》注引《竹书纪年》。
16. 《韩非子·说疑》。

第四节

国家的产生与法律之起源

一、一夫一妻制家庭

随着“父权制”的建立，人类的婚姻形态也发生了一个大变革，那就是从对偶婚制中产生出固定得多的一夫一妻制。一夫一妻制的出现，乃是“父权制”的必然结果。因为，居于支配地位的夫，要让确凿无疑地确认为其亲生的子女来继承其财产和地位。这是由人类进步到文明社会之后，人类自身所固有的情结和作为男性的本能所决定的。在男人的固有和潜在的本性中，独自占有一个女人的贞操，并且独自占有与自己有过性关系的女人所生育的儿女的情结，是男人一种天然的本能（性）的反映，就像在狮子群中，力量最大、身体最强壮的雄性狮王要占有这个狮群中所有的雌性狮子一样。

一夫一妻制家庭与对偶家庭有着本质的区别：

第一，在婚姻关系上男女不再是临时的结合，而是牢固持久的；

第二，男女双方是不平等的，由于妻子在经济上依赖于丈夫，她在家庭中也就处于被统治的地位；

第三，一夫一妻制是独立的经济单位和社会细胞。

一夫一妻制家庭出现后，由于各家庭经营管理、劳动技能水平的高低强弱不同，使得父系家族公社内部各家庭之间财产多寡的分化日

益加剧，各家庭之间贫富的差别也越来越大。其结果是：原来的旧有共产制的家庭公社被摧毁了，原有的公社内部共同耕作制也随之土崩瓦解了，而且也促使了原来以血缘关系为纽带的父系氏族的解体，继而也自然地促使整个父系氏族公社制的瓦解。这种瓦解在当时的人类中激起了很长一段时间的波澜，就像中国的春秋时期，以孔子为代表的人们在看到当时周初周公所制定的一系列的旧制度在新的生产力的催动下逐渐瓦解而发出的悲鸣一样，人们对于新的事物必定要经历一个从反感、疑惑、不适应，到逐步理解、适应直至接受的过程。这个过程应当是痛苦的，也是要经历一个漫长的过程。但在这个过程中，人们会逐渐意识到这样的过程正是人类社会发展史上的一个进步的过程，它是人类文明时代开始的标志之一，更是人类向前发展的必然趋势和归宿。

二、农村公社

当一夫一妻制的个体家庭从父系家族公社中分离出来后，由于社会分工、手工业的发展，以及财产分化等原因，某些个体家庭离开原来氏族居住的地方，迁移到别处，和与他们没有血缘关系的人杂居。这样，由于人口的流动，结果使得许多不同氏族部落的居民聚集在一起，他们为了共同的经济利益组织成一个统一体，这种以地域纽带组织起来的统一体，称之为农村公社。

农村公社具有以下特征：

1.在生产资料方面，是两种所有制并存，耕地、草地、森林、牧场、池沼等归集体所有，房屋、牲畜、农具、产品及狩猎用的马匹、弓箭归私人所有。

2.在社会结构方面，农村公社由一个没有血缘关系的自由人的组合，但是还仍然保留着血缘关系的残余。

3.在生产方式方面，已经不是按照氏族或家庭公社进行集体生产，而是以家庭为单位进行单独生产。

4.在社会管理方面，农村公社的管理机构（人员）已经开始脱离人民而逐渐为农村公社中的富裕分子所把持。

5.在阶级结构方面，这些把持着农村公社管理权力的富裕分子，开始利用手里的权力，占有较好的份地，拥有较多的财富，并且不时为了自己的利益而侵犯社员的利益。

6.在管理制度方面，仍然残留着氏族民主制的残余，并且这种残余被一直残存到近代。例如，在中国苗族的一些村社中，各种规约和律令必须经村民大会通过方能生效。

农村公社的出现的，标志着氏族社会组织已经走到了它的尽头，代之而起的，是更高一级的新的社会形态——阶级社会。

三、军事民主制

军事民主制产生于父系社会解体开始向阶级社会过渡期间，那时在人类社会中并存着军事首长、长老会议和人民大会三种权力机关，是氏族社会末期的一种组织形式。它具有军事和民主两重性，其具体表现是：一方面在氏族中出现了军事首长的个人权力和对外进行战争的军事职能，另一方面，还保留着一些原始的民主机构——人民大会、长老议事会和部落酋长。因而，在历史上，把军事民主制看做是父系氏族阶段的部落或部落联盟的一种管理制度。

军事民主制的产生直接来源于当时各部落间的频繁地战争。由于生产力的提高，各部落都有了剩余财产和劳动力，通过掠夺其他部落的财产和人口，就成为了各部落增加财富的捷径和主要手段。自此，部落间为了掠夺邻人的财富和奴隶的战争就经常发生，致使在各部落

中出现了一些以战争为经常职业的专业人士，而这些专业人士主要是通过各部落或者部落联盟的选举和推举而产生出来的，这些人往往具有率领本部人员作战的能力，他们在作战时表现勇敢，在指挥战争时又具有其他人所不具备的智慧和指挥才能，这些战争的指挥者就是在部落或者部落联盟中享有很高威望的军事首长。在部落或者部落联盟的认可下，平时，他们主管祭祀活动及解决部落或部落联盟内的纠纷，战时则指挥打仗。军事首长也被称为“王”，因此，军事民主制时期又被称为“王政时期”或“英雄时代”。但这里所说的“王”不同于后来阶级社会里的国王，他们不是世袭君主，而是通过选举产生的，没有绝对的权力，他须按照长老议事会或人民大会的决定行事。

古巴比伦创世史诗《恩怒玛·艾里施》中就有这样的情节：当混沌未开之时，原水之神提阿马特为报杀夫之仇，带领一群恶魔前来与众神恶斗。开始时恶魔占尽上风，众神抵挡不住恶魔们的进攻，便决定召开一次众神大会，以选举一名勇敢善战的人来领导大家继续作战，以期反败为胜。最后他们选中了苏美尔主神之一的恩基之子——年轻勇猛的马都克。但马都克不肯轻易接受这一任务，他向众神提出要求，如果由他出任军事统帅，那么胜利后众神必须承认他为众神之长。结果众神大会经过反复磋商，最后大家一致决定，为了能击败敌人，同意马都克的要求，授予他言出令行的最高权力。他们还宣布马都克为“王”，授予他王权的标志：节杖、宝座，然后命令他出战。马都克果然不负众望，他身先士卒，率领众神血战沙场。众神团结一心，众志成城，结果大获全胜，消灭了群魔。然后他们以提阿马特的身躯造成天地，又以其情夫的血和上泥土造成了人类。从此，马都克永远成为了众神之王。

这个神话在一定程度上反映了苏美尔军事民主制时期，氏族管理还是建立在民主原则的基础上，氏族首长与人民大会在解决有关本部落的一切重大问题，特别是像决定战争与和平以及挑选部落军事首领这样的重大问题，起着非常大的作用。此时期希腊的巴塞勒斯、罗马的勒克斯、中国的黄帝、尧、舜、禹都是军事首长，他们都是由部落

或者部落联盟选举出来的军事首领。但是后来，随着战争的频繁，持续时间的长久和规模的扩大，军事首长的地位和权力不断上升和加强，部落军事首领的人选，也逐渐地由特定的家族中选出，并且权力也越来越大。到了军事民主制后期，军事首领开始排斥人民大会和酋长会议，将大权据为己有。逐渐的，他们又使自己的职位由选举改成了世袭，其行动开始不受约束，他们脱离氏族且高居氏族之上，由人民公仆变成了人民的主人，这实际上奠定了世袭王权和世袭贵族的基础，也是世袭君主制的萌芽。

人民大会是由部落或部落联盟全体武装成年男子参加的议事机关，由长老议事会负责召集，讨论决定部落或部落联盟中特别重大的事情，如战争、媾和、结盟、选举军事首长等。长老议事会是由氏族长和部落酋长组成的部落或部落联盟的常设机关，负责处理各种日常事务，并有权对一切重大问题进行讨论，作出决定。它是保护全部落公共利益和负责处理公共事务的服务性机构，其成员由各氏族民主选举产生。起初，人民大会权力较大，可否决长老议事会的决定，因此对于部落或部落联盟起着一定的作用。到军事民主制的末期，随着占有大量财富的家族的形成，氏族长和部落酋长的职位成了某些富有家族的世袭职位，特别是随着最高军事首长以及下级军事首长权力的加强，人民大会的作用越来越小，从部落或部落联盟的权力机构逐渐成为了长老议事会和军事首长的附庸，一直跌落到无足轻重的地步，这就为人类更高一级的社会管理组织——国家的出现奠定了基础。

四、刑起于兵

如果说军事民主制是世袭君主制的源头，那么，在与军事民主制这种氏族社会组织形态密切相关的法律起源的问题上，在中国法制史上，历来就有所谓“刑起于兵”之说。

中国上古时代主要有炎帝族（活动于大致南到湖北北部，北到山西南部的中原地区，仰韶文化的创造者）、黄帝族（活动于山西、河北一带的山地，红山文化的创造者）、东夷族（活动于黄河下游和淮河流域，大汶口文化的创造者）和苗蛮族（活动于长江南北屈家岭文化的创造者）四大部族。

在当时十分低下落后的生产力水平下，农业生产对土地和劳动力的需求十分重要，使得中国史前的各部落对于土地的争夺十分激烈，因而中国史前史上的战争异常频繁和惨烈。

在各部落间进行讨伐战争之前，讨伐者都要发表一番讨伐誓词，一来表明这次讨伐的合法依据，二来以此发布正式的讨伐令，因而，这些誓词本身就是法律。如禹讨伐三苗时誓曰："济济有众，咸听朕言，非惟小子，敢行称乱，蠢兹有苗，用天之罚。若予既率尔群对诸群，以征有苗。"[注]启在征讨有扈氏时说："有扈氏威侮五行，怠弃三正，天用剿绝其命，令予惟恭行天之罚。"[注]

氏族社会早期，由于生产力水平太低，在战争中被俘虏的奴隶大多被杀或当作祭祀的牺牲。到了氏族社会后期，随着生产力的提高，对劳动力的需求越来越多，因此大量战俘已逐渐不被杀害，而是作为奴隶留下来参加生产，那么如何管理这些战俘，显然氏族传统的礼已无能为力，于是出现了另一种暴力手段——刑，即管理和统治被征服者和战俘的工具。起初这些刑仅用来处置有敌意的被征服者和战俘，但随着社会贫贱和地位的分化的加剧，这些刑也同样用以对付氏族内部成员。由此，作为经常性的具有威慑、处罚和镇压功能的刑的这种暴力手段，才应运而生。另外，战争需要有组织的集体行动，在战争中身兼军事长官的氏族首领，在氏族中自然需要极大的权威。维护和明确这种的工具也只能是刑。于是，在对内对外的两方面的暴力，都促成了刑的产生。

兵刑在中国古代经常是并提的。刑起于兵，说的就是刑与战争密不可分。所谓"大刑用甲兵"，就是指最重的刑罚是实行军事讨伐。这

主要是针对外族而非本族。正如吕思勉所说：“刑之始，盖所以待异族。”[注]对内则用斧钺、刀锯、钻凿和鞭扑。刑起于兵，兵刑同制，还表现为司法与兵政的合一。“士”、“司寇”、“廷尉”等司法官，都是军职，这些官员在平时是司法官，在战时，很多人便是军事指挥官。同时，为了胜利必须有军纪，军法就是中国法最早的一个主要形式。

到舜的时代，中国原始社会有了更大的进步，舜通过部落联盟议事会，设置了较为系统的社会管理体系，如设立九官，分工管理部落联盟内部事务，让八元管理土地，八恺管教化，契管人民，伯益管山林川泽，伯夷管祭祀，皋陶作刑，并负责司法。“帝舜三年，命皋陶作刑”，[注]“舜曰：皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄，汝作士，五刑有服，五服三就；五流有度，五度三居：维明能信”。[注]

根据有关史籍所载，皋陶之刑已有具体罪名：“昏、墨、贼、杀。”昏是恶而掠美，即行贿买直胜诉；墨是贪以败官，指受贿败坏官纪；贼是杀人不忌，指肆意贼杀人命，犯此三种罪行的人，都要处以死刑。为了维护部落联盟的统一和部落首领的权威，“皋陶于是敬禹之德，令民皆则禹。不如言，刑从之。”[注]可见，至尧舜时代，法的胚胎就已经逐步发育成形，自启继位，法便成为了阶级镇压的暴力工具，此即所谓“夏有乱政，而作禹刑”，[注]自此法便正式诞生了。可见，从中国的具体情况来看，法这种社会现象还是要比国家这种组织形态出现的时间要早。

这就是中国版的法律起源说之一。这也即是说，部落和部落联盟之间的频繁、残酷的战争，既是世袭君主制的源头，也是法律产生的源头之一。这一切发生的根源，则又来源于伴随着生产力发展而带来的人类所能掌握的财富的不断增多而出现了私有财产，并由此导致财富分配不均的现象发生。而这种财富不均现象所导致的个人与家庭之间贫富差异的出现，方是阶级及国家产生的前提和基础。

五、国家的产生

当人民大会在部落或部落联盟中的地位变得无足轻重的时候，以军事首长为代表的部落内的贵族便开始夺取全部的权力，自此之后，氏族制度的机关就逐渐转化为一个独立的统治机关了。到这时，氏族制度已经过时了，社会需要建立起一个具有强大的管理和统治能力的暴力机器，它的主要的任务是利用建立起来的公共权力来维护、管理整个社会。而此时的社会，已经不再是没有私有财产，没有贫富差距，没有暴力，没有竞争的美好的大同世界了；在社会中不仅出现了私有财产和贫富分化，而且还出现了为了获取或夺得财产而互相竞争，甚至武力争斗的现象。在这样的社会中如果仅仅依靠原来的部落长老们的调解，已经无法解决人们之间为了财富和各自利益的纷争了，于是，作为维持社会正常秩序的公共权力机构便成为了解决纷争、维持社会正常秩序的新的工具和组织了。这种新的权力机构的表现形式就是我们今天所说的国家。

由于世界各地区社会发展的复杂性和多样性，因此，各个地域国家产生的形式也多种多样。恩格斯根据欧洲不同地区的情况，把欧洲国家的产生归结为三种主要形式，即雅典式、罗马式和日耳曼式。雅典国家是直接地从氏族社会本身内部发展起来的阶级对立中产生的。罗马国家是在外来平民和原有氏族成员的斗争中，即在平民与贵族的斗争中，平民的胜利摧毁了旧的氏族制度，并在它的废墟上建立起来的。日耳曼国家是作为对外征服广大领土的直接结果而产生的。处于氏族部落制度下的日耳曼人，在征服庞大的罗马帝国之后，氏族制度不能给他们提供任何手段来统治这样广阔的领土，需要把氏族部落的管理机构转化为暴力机关。适应这种需要，这种由氏族到国家的转化实现了，于是日耳曼国家便产生了。

历史十分悠久的非洲大陆，早在19世纪中叶，生物进化论的创始人达尔文在其名著《物种起源》中就提出了“有可能人类的祖先生活在

非洲”的假设。现代考古也基本印证了这一假设。考古学家和人类学家在非洲大陆业已发现“迄今为止已知的人类进化所有阶段的遗骨”，因而可以说“人类的童年在非洲”。注非洲也是世界上最早创建国家的大陆。古代埃及又是非洲大陆首先进入人类文明时代的地区。

古时的埃及地处非洲的东北部，位于欧非大陆的交界处，通达各方，而东西面的沙漠却如同一道天然的屏障将其余非洲其他地区相隔开来。由南向北川流不息的尼罗河纵贯全境，成为埃及的母亲河。据史料记载，古埃及人在公元前5000年已经学会利用尼罗河每年的定期泛滥来灌溉农田、发展农业。使得埃及在世界上最早跨入了文明社会。大约在公元前4000年左右，埃及人就已经从石器时代进入到铜器时代。从那时起，埃及就开始逐步进入了氏族社会阶段。从考古发掘出来的墓葬看，有的死者被埋在一个很小的土穴里，只有几件粗糙的器具作为殉葬品；而个别的大墓室里，死者的殉葬品多达几十件，而且比较精致。从这些死者殉葬品的差别可以反射出当时的贫富阶级分化的一般情况。那时氏族的内部已经出现了贵族，这些贵族已经开始使用来自战俘的奴隶。战俘奴隶在古代埃及语中被称为“活着被打死的人”。

随着私有制的产生和贫富分化的出现，埃及人的氏族部落已被破坏，代之而起的是按地域划分的农村公社。这些农村公社由于发展水利灌溉工程协作的需要，或因争夺水源、土地的战争，合并成为“斯帕特”。在公元前4000年代中期，上下埃及有三十几个“斯帕特”。每个“斯帕特”有自己的名称、保护神、设防中心、军队、管理机构和首长，其名称有鹰、兔、蛇、黑牛等。首长称“阿得希—米尔”（渠道官），首长的主要职责是管理灌溉工程，同时掌握军事、司法和祭祀。这时的“斯帕特”是由氏族、部落向国家转变时的过渡组织形式。“斯帕特”出现后，各个“斯帕特”之间为了争夺土地、奴隶、财富和水源，经常发生战争，结果在公元前4000年代的后半期，上下埃及分别建立起了两个奴隶制王国。大约公元前3100年左右，由上埃及国王美尼斯征服了下埃及，自称“天下四方之王”，开创了埃及早期王国

的第一王朝，完成了埃及的统一。自此埃及进入了奴隶社会，直至公元642年，其间其奴隶制社会延续了近4000年的时光。

与古代埃及出现国家的时间相差不大，公元前3000年左右，处于两河流域的苏美尔也出现了很多以城市为中心的奴隶制小国，其数目大约有17个。人们一般称它们为城市国家。因为这些小国最初规模不大，一般都是只有一个中心城市结合周围若干的小村镇，人口也不是很多。其中最著名的乌尔城邦在最初仅有3个城市和若干村庄，面积不过90平方公里，人口不过6000人。其他国家的规模也不过如此。

中国在尧、舜时期，洪水泛滥为害。尧命夏族首领鲧治理洪水，鲧用筑堤防的方法治水无功，为舜杀死。舜又命令鲧之子禹继续治水，禹用疏导法治水，导小水入于川，导川水至于海。不仅消除了水患，还为农业生产发展创造了良好条件。舜举荐禹为他的继承人。禹即位，国号夏，建都于阳城（今河南登封）。其疆域包括今天河南中部、北部和山西南部。禹年老，曾选东夷族的一位首领益为继承人。但禹死后，族人拥戴禹之子启为首领，启夺得王位，并杀掉益。从此，中国历史上的“禅让时代”结束，开创了中国历史上的“家天下”王位世袭制从此开始，夏是中国历史上的第一个王朝。但是，国家并未马上建立起来，其间经历过多次复杂的蝉变过程。太康至相的两世三朝时期，中原地区经历着大规模的动荡。东夷人在后羿的带领下曾推翻了夏人的统治，而后羿并没有恢复启以前的大联盟的旧有秩序，而是模仿启建立个人性质的权力体系，将其所在的部落发展成凌驾于其他部落之上的统治者。但这种努力没有成功。少康复国以后，东夷人的地位也一落千丈，逐渐被边缘化。

在少康复国的过程中，曾经受到了许多方国的协助，这反映出夏是众邦领袖的地位并未因后羿的叛乱而被动摇，即使在夏的子孙最落魄的时期他们还是受到许多小部落的拥戴。因为，那时的诸小部落已经习惯于拥戴一个实力较强大的部落作自己的领袖。正如有学者认为的那样：所谓的夏朝，实际上以夏后氏为盟主、由众多独立的族邦组

成的族邦联盟。这种联盟松散而不固定，具有城邦即城市国家的特点。当时所谓的“万国”和“诸侯”，实际上是大小不等、文明程度各异的宗族城邦，亦即早期城市国家。这些城市国家的规模和性质，应当类似于前述的于公元前3000年左右在两河流域的苏美尔出现的很多以城市为中心的奴隶制小国。那时所谓的王室，既拥有自己直接统治的部落，又被其他强大的部落公推为“天下共主”，发挥着调节各部落关系、维护东亚核心地区秩序的作用。其疆域分为两部分：归王室直接统治的核心区，也就是所谓的“王畿”地区；承认王室领袖地位的诸部落的居住区。这种内—外双环式疆域结构一直为中国历代王朝所继承。

因而，可以肯定，夏族作为一个稳定的、已被各族邦所公认的、具有核心领导地位的盟主、领袖，应当是在少康复国以后，其时间大约在公元前21世纪初期的公元前2000年左右，距今已有4000年了。因为，自少康复国之后，夏族的盟主地位才真正地稳定下来，夏王朝承认其他氏族部落存在的合法性，其他各氏族部落也承认了夏王朝的在各氏族部落中“共主”的领导地位，社会秩序才开始由乱到治，并逐渐地稳定下来，这种情况一直延续到公元前17世纪中叶的公元前1675年夏为商所灭。夏王朝如果从禹正式即位（公元前2146年）开始起算共经历了14世、17帝，历471年。但若以朝代作为计算单位，那么，夏朝也完全有资格被认为是中国历史上第一个具有国家性质的王朝。只是作为已经完全具备国家基本要素的国家组织体的出现，则至晚在夏代晚期。因为，从被公认为是夏文化的二里头遗址中发现的宫殿遗址、青铜器、玉器的研究、考察来看，直到夏代晚期，夏代以后商、周诸朝所具有的国家的基本要素此时才已经具备。在此之前，原来尧舜禹大联盟势力所及的广大地域，绝大部分仍旧与夏王朝维持着原来的联盟关系，只是奉夏人为他们的盟主、领袖，并未成为夏人直接统治之下的臣民，也没有臣属关系。况且，夏人所能够直接控制的区域也仅仅局限于西起太华山以东、东讫豫东平原、北至黄河北岸、南达南阳盆地的比较狭小的范围。其余广阔的中原地区，并没有被直接地掌控

在夏人的手里，而是分布着其他大大小小的氏族部落。他们与夏的关系也只是联盟的关系，不存在臣属的关系，夏人并不干涉他们的内部事务。这种关系因逐渐密切的经济联系而发生了改变，久已杂居的现状，也使得血缘组织的功能逐渐丧失，为夏人在这一地域之内建立起新的地域组织形式奠定了基础。

因而，可以肯定，至晚在夏代晚期（公元前18世纪末至公元前17世纪初期），在中国的黄河流域已经形成了国家形态，这是东亚最早形成的国家。

国家和氏族组织的不同，国家按地区来划分它的国民，而氏族组织则是以血缘关系来维系的；国家设立了公共权力机构，例如，军队、警察、宪兵、法庭、监狱等暴力机关，这是氏族所没有的。在当时来讲，这些机构的任务主要有两件，一是维护正常的社会秩序，二是镇压、打击敢于反抗和违反国家统治者意志的行为和人。当然，这些任务和职责如果与今天我们所说的国家的职能比较起来，就显得单一且极不全面了，但是，在当国家刚刚建立起来的时候，这两个职责确是国家的最主要职责。

那么当国家被初步建立起来之后，统治者又是如何利用国家这个统治工具来实现其统治的功能的呢?

首先，他们建立起一套维护统治的政权机构。据《礼记》、《左传》等记载，夏代的最高统治者称天子，并且设立起一系列的国家机器。在中央设置六卿、四辅、四正、司徒、太史等官职，协助夏王统治。在六卿之下设置“百吏”，主要官吏有负责掌管政教的羲氏，负责掌管农业和氏，负责掌管畜牧业的牧正，负责掌管膳食的庖正，负责掌管车马和服饰的车正，六卿同时掌管军事。早在立国之初的夏禹时，夏族就组建有“济济有众”的军队，夏启在强制从益手中夺取王位时，遭到氏族制旧势力有扈氏的反对，夏启即召集部队举行誓师大会，与有扈氏大战于甘（今陕西户县西南），并使用新式青铜兵器，克敌取胜，奠定了“家天下”的基础。

其次，划分行政区域。《左传》襄公四年引述周太史辛甲《虞人之箴》时说：“茫茫禹迹，划为九州，经启九道。”《汉书·郊祀志》则有“铸九鼎，象九州”的记载。夏禹把其统治的地域划分为九州，即九个区域，各州设牧作为行使各地域行政管理权力的机构，这九个地方长官称为“九牧”，牧本意是放牧、牧民的意思，在这里有管理、驾驭之意。历史上有夏禹“铸九鼎”以定天下的传说，也就是一尊铜鼎代表一个行政区域，九尊鼎分别代表天下的九个州：

荆州（占有南阳，南郡，江夏，零陵，桂阳，长沙，武陵，章陵八郡，治在襄阳，在今两湖，两广部分，河南，贵州一带）；

兖州（今河北省东南部、山东省西北部和河南省的东北部）；

雍州（今陕西中部北部，甘肃东南部除外，青海东南部，宁夏一带）；

青州（东至海而西至泰山，在今山东的东部一带）；

冀州（今山西省和河北省的西部和北部，还有太行山南的河南省一部分土地）；

徐州（今山东省东南部和江苏省的北部）；

豫州（今河南省的大部，兼有山东省的西部和安徽省的北部）；

扬州（北起淮水，东南到海滨，在今江苏和安徽两省淮水以南，兼有浙江、江西两省的土地）；

梁州（自华山之阳起，直到黑水，应包括今陕西南部和四川省，或者还包括四川省以南的一些地方）。

当然，夏禹时夏王朝的统治地域是不可能如此广泛的，所谓“九州”的概念更多的是反映了后人对夏禹时期的一种希望和崇尚的心态。这样广阔的疆土范围，当在西周（公元前11世纪—公元前8世纪）时才

最终确立下来。实际上，中国国家典型形态的最终形成，应当在西周以后，周朝的国家政府组织机构已经相当完善，基本上已经具备了国家应有的特征。所以，中国国家组织形态的完全完善期当划定在西周时期。

再次，制定法律。夏禹在即位之后，即着手开始制定“禹刑”，以惩治“乱政”。

最后，征收捐税。据古籍记载，夏后氏的九牧必须“贡金”，所谓贡，即贡赋，指各州缴纳给夏王朝廷的赋税，当时的土地税是“五十而贡”，即国家分配给每个农户以一定数量的耕地，令农民按照耕地数量的50%交纳捐税。不过土地质量不同缴纳的税额也略有不同。据《史记·夏本纪》记载，禹“相地宜所有以贡”。规定各地根据当地物产品种纳贡，运输远近不同，可酌情增减贡物数量。捐税的征收，是国家诞生的一个重要标志，在氏族社会是完全不知道捐税的。捐税的目的是为了维持国家统治机器的正常运转，因为，在国家机器中任职的官吏是脱离体力劳动的，他们完全依靠征收来的捐税生活。因而，任何一个国家中完全依靠捐税生活的官吏数量一定要与其劳动力人口呈一定的比例，这个比例要与当时的社会生产能力相适应，否则，任何一个国家都负担不起一个超级庞大的官僚队伍。

可见，国家产生的过程是一个艰巨而漫长的过程，不是说一出现了贫富不均、阶级分化和军事民主制现象后就立即出现了国家，仅就中国的历史发展情况而言，自从自夏启以“家天下”代替“禅让制”，在夏代晚期出现国家的雏形之后，到完善成熟的国家政权的确立，其间经历了近千年的发展历程，在这个发展历程中，人类既饱尝了无数的血雨风霜的考验，又感受到了各类的喜怒哀乐的复杂情感，人类在为自己开创的一个又一个所谓的奇迹和盛世及乱世，而不停地买单，其最终的结局是把人类社会引向了一个又一个惊心动魄而又乐此不彼的巨大的人类本性的大循环般的精彩的搏戏之中。

六、国家与法律之起源

如前所述，在国家建立之后，国家的统治者所要做的一件最重要的事情，就是制定能够体现统治者意志的法律和制度。统治者这样做的目的是试图用法律这种形式，把自己所刚刚建立起来的政权固定和稳定下来，以阻止怀有不同政见的人能够轻易地颠覆、推翻掉它，而使自己的建国努力付之东流，甚至威胁到自己家族的生存。说到底，就是试图让天下万民承认已经建立的起来的新政权，并且不会轻易产生反对甚至推翻它的念头，好像只要制定出了足以维护这个政权的法律体系，就等于向全天下宣告了新政权的合理、合法性，其他人就不得再动这个新政权的邪念，只要动了新政权的邪念，就是犯罪，就要受到无情的打击和武力镇压，这个政权也就有了保障。这才是统治者在建国之后大都要匆忙立法的根本原因之所在。因而，法律和制度从本质上说，就是确定国家的合法性，规范国家机构和社会及人民在运行、活动、生活、交往中所应当遵守的规则，只不过这种规则带有极强的统治者意志和强制性的特征，它与国家出现之前各氏族部落成员所共同约定俗成的戒律和习惯法，在制定的宗旨、目的、原则，制定的程序以及颁布、执行的程序及效力，完全不同。氏族部落的戒律和习惯法，基本是在大多数人的共同参与之下制定，并经大多数人甚至全体成员一致同意而被通过实施的；而法律则是由统治者召集和挑选的极少数人，有时甚至是由某个人最多某几个人参与制定，并最后要经最高统治者首肯之后，才得以发布施行的，其具有统治者极强的主观意志性和强制性，在大多数情况下，完全可以不经过人民的讨论或者同意；况且，这些法律的执行也是强制性的，没有任何可以商量的余地，其执行者也是专门的政权机构。这就是氏族戒律与法律的主要区别所在。但是，二者也有相同之处，那就是二者都是有维持良好的统治秩序和社会秩序，规范人们的行为道德，打击破坏社会秩序的犯罪行为的目的在内。而且，国家法律是由氏族习惯、戒律、规则发展、演化而来的，也可以说是在对于原有的氏族习惯、戒律进行整

理、归纳、筛选之后的产物，其制定的根据来源仍然是氏族的习惯与戒律，在二者的关系上，具有继承、扬弃、发展、进化的特点。法律绝对不是立法者仅凭所谓天分、智慧而臆造、杜撰出来的，最初的法律必定是对氏族习惯和戒律的整理、提炼和发展的结果。法律根植于社会的土壤，法律来源于人类对于自然和社会规律的认识、理解和应用，法律是对于客观社会现象的反映，法律是人类的本性的反映，是对人类共同遵守的一些习惯和戒律的归纳与总结。正如朱利叶斯·斯通所指出的："法律规范是从实际起作用的趋势中总结出来的，是从一个特定的文化的基本假设中概括出来的……它们是从整个社会综合物中推断出的观念，并能导致法律与社会综合物的和谐一致。因此法律'推动而不是阻碍或压制了社会发展'。换言之，它们产生了特定的文明社会，给那些运用法律控制社会的人以指导。"注

在中国夏王朝建立之时，也将立法工作摆在了重要的位置。《左传》昭公六年在谈到晋国的叔向在抨击郑国子产"铸刑书"时提到："夏有乱政，而作禹刑"。据杜预注："乱政谓民有犯政令者"。据考，"禹刑"可能是夏朝法律的名称。但是，它不是我们现在所说的"刑法典"，而应当是一部综合性法典。只是中国古代将法一律统称为刑而已。因为，中国古代的法典在追究犯法者的责任时，往往以刑罚为其主要的承担形式，其目的还是为了以此来震慑国民，告诫国民必须守法，否则任何一种违法行为都有可能招致严厉的肉刑，乃至失去生命的惩罚。但是，从中国古代所有法典的内容看，其所规范的内容，绝不仅仅局限于刑事领域。因此，不能仅从其对于违法行为的处罚的方式就认定中国古代的所有法典都是刑法典，那是一种误读和误导。关于这一点笔者将在以后的著述中作进一步的阐述。

可以肯定的是"禹刑"在禹在世时是没有的，它是启及后继者根据氏族晚期习俗陆续积累的习惯法，具体内容已无可考。我们只能从古代文献的零星的记载中，去整理、甄别。这些文献记载大致有两种情况：一是春秋战国时期学者的认识，一是后世学者以周朝的法制来推演夏朝的法制。但是，现在可以肯定的是：夏朝已经存在五个刑种，

包括大辟（死刑）、膑（挖去膝盖骨，后又称刖即断足）、宫（毁坏生殖器）、劓（割鼻）、墨（刀划面颊或额并涂墨）。前四种以残害人的肢体为特征，后世统称为“肉刑”。最后一种以羞辱人格为特征。

文献记载的夏刑的重要内容包括：

1.三种罪名

夏朝确定了“昏、墨、贼”三种罪名。“昏”是自己做了坏事而窃取别人的美名，即嫁祸于人；“墨”是贪得无厌，败坏官纪；“贼”是肆无忌惮地杀人，这三种罪都要处死，即所谓“昏、墨、贼，杀”。

2.不孝罪

“罪莫大于不孝”，氏族敬老、尊老的传统习惯，在夏朝法律里得到了体现。为了加强亲族的凝聚力，而善待自己的父母，进而才能效忠王朝，这在人们的眼里是天经地义。一个人若不能善待自己的父母，何以能效忠王朝?

3.军法

夏朝要求士兵都要严格执行命令，奋力杀敌，驾驭战车的士兵也要驾好战车，否则就要以“不恭命”治罪。凡是认真奉命奋力作战者，在祖先神位前赐给奖赏；不执行王命者，在土地神前予以惩罚。在处罚上要把那些不遵王命的人连同其妻子一并处死。[注]

可见，在国家的雏形刚刚确立起来之时，以法律的形式明确某些危害国家和社会的罪名及其应当受到的惩罚，以此稳固社会秩序，保证国家的安定；同时，以法律的形式鼓励攻战，以获取国家所需，镇压不满统治的反抗者，乃一个国家立国之根本。当然，这也是作为国家治理、统治工具——法律的重要职责之一。

因此，在论及国家与法律的关系时，我们似乎可以得出这样的结论：

国家是法律的制定者，法律是维护国家统一、稳定、发展的必要手段和工具；但法律并非起源于国家的建立，它是国家建立后统治者在对国家出现之前的人类长期积累起来的原始习惯和习惯法经过整理、扬弃、汇编后，被统治者认可的那部分；这种对于原始习惯和习惯法的整理、汇编是一个过程，而非一朝一夕所致；在人类漫长的文明史中，每个国家在形成过程中对法律的制定、适用、解释的过程，也就是人类不断地由低级文明阶段向更高一级的文明阶段进化过程的一个表现和缩影，而如果将这个过程用一条鲜明的红线串联起来，这条红线所反映出来的内容、过程，就是我们今天所说的人类法治的历程。

---

1. 《墨子·兼爱下》。
2. 《尚书·甘誓》。
3. 吕思勉：《先秦史》，上海古籍出版社1982年版，第425页。
4. 《竹书纪年》。
5. 《尚书·尧典》。
6. 《史记·夏本纪》。
7. 《左传·昭公六年》。
8. 陆庭恩、宁骚、赵淑惠编著：《非洲的过去和现在》，北京师范学院出版社1989年版，第10页。
9. 【英】朱利叶斯·斯通：《法律的领域和功能》，剑桥，1950年版，第337页。
10. 苗延波：《中国法制史》，知识产权出版社2014年版，第11页。

第五节
文明的结果

一、文明概述

对于法律而言，只有在人类进入了文明时代以后，才有了法律和法律的文明。所谓文明，是指社会发展到较高阶段表现出来的状态，亦即人类社会进步状态。人类文明发展的历史，就是从野蛮向文明过渡的历史。

野蛮与文明是相比较而存在的相对概念。人类从动物分离出来后，一直在从野蛮向文明进化，人类发展史就是从动物到文明人的进化史。

就文明的手段来说，文明始于文字的使用，因为没有文字记载，就没有历史，也没有文明。

就文明的内容来说，文明精神开始于权利与义务的区别和对立；文明，就是使权利与义务相区别、相对立的一系列权利界定和义务规定。权利与义务的分离，这是文明的结果。

“文明”一词，在世界各国出版的辞书中，对其含义的解释不尽相同。

1961年，法国出版的《法国大拉罗斯百科全书》解释“文明”一词为：一指教化；二指一个地区或一个社会所具有的精神、艺术、道德和物质生活的总称。

1973年至1974年，英国出版的《大英百科全书》解释“文明”一词为：一种先进民族在生活或某一历史阶段中显示出来的特征之总和。

1978年，苏联出版的《苏联大百科全书》认为“文明”一词的含义指：社会发展、物质文明和精神文明的水平程度；继野蛮时代之后社会发展的程度。

1979年，原联邦德国出版的《大百科词典》认为“文明”一词从广义来说，指良好的生活方式和风尚，从狭义来说，指社会脱离了人类群居的原始生活之后，通过知识和技术形成与起来的物质和社会状态。

从文明早期的发展历程来看，人们一般把人类文明分为古代文明、古典时期的文明等发展阶段。

无论对文明的概念、特征或其内容、发展历程如何理解，法律和法律的文明，是人类文明史中不容忽略、不可分割的重要组成部分。而且法律和法律文明的发展历程，与人类文明的发展历程是一脉相承的，没有人类文明进步与发展，就谈不上法律与法律文明的进步与发展，因为，法律与法律文明是人类文明中的不可分割的组成部分。换言之，法律和法律文明是人类文明的衍生物和子文明。法律文明滥觞于人类文明的摇篮之中。

二、法律文明的背景

所谓法律文明，是指人类法律思想和制度进步的状态。它所反映的是人类对于权利义务等概念，以及法律现象的认识的进化和发展过程。

法律文明在其出现并对社会产生规范作用之前，除了前述的人类的生存环境和社会的发展状态的影响之外，人类自身的本性和精神世

界的状态更是不容忽视的决定性因素。从人类的本身精神领域出发，人类社会中法律文明的出现至少需要三个方面的先前要素：

其一，作为人的人格的确立。

《圣经》在开篇《创世记》中记载了一个伊甸园的故事。地球最初被水覆盖，水面上空虚混沌，暗淡无光，迷茫一片。是万能的上帝在6日之内创造了世间万物，到第7日，上帝造物完毕，休息一天。上帝在前5天创造了日月星辰、山川河流、动植物等等。第6天，上帝按照自己的形象，用泥土造出了一个男人，并将生气吹到他的鼻孔里，使他成为活人，给他起名叫亚当。因为看亚当孤身一人很孤单，上帝就用男人的一根肋骨造成一个女人，取名为夏娃。这二人根据上帝的安排住在上帝在东方伊甸的地方造的一个称为伊甸的园子里。这里的鸟兽虫鱼全听人的话，每天都是阳光明媚，树上结满美味的果品，亚当、夏娃就拿这些果品为食物，过着无忧无虑、和谐美满的生活。伊甸园中有株善恶树，上帝曾警告过亚当："园中的果子你尽可以随意享用，唯有善恶树上的果子你绝对不能吃，否则必受重罚。"亚当与夏娃遵从上帝的吩咐，从不到善恶树下去。此事被狡猾的蛇知道了。此时的蛇相貌美丽，声音悦耳，很讨夏娃欢喜。蛇对夏娃说，你们吃了这柱善恶树上果子不一定会死，因为上帝知道如果你们吃了这些果子眼睛明亮了，你们便和上帝一样能知道善恶了。在蛇的引诱下，夏娃禁不住摘了一颗树上的果子，咬了一口，顿觉心明眼亮。她明白了，这原来是智慧果。夏娃又把果子给了亚当，亚当吃了之后也变得聪明无比。本来以前他们都是一丝不挂的，这时才看到自己赤身裸体，二人都感到非常羞辱，连忙找来树叶、藤条系在腰间遮体。上帝知道此事后，严厉地惩罚了蛇，不仅把它变得面目可憎，还罚它只准用肚皮走路。亚当、夏娃也被上帝逐出美丽的伊甸园，到世间耕种土地，繁衍后代。(注)亚当、夏娃也就成了西方传说中人类的祖先。

这个在《创世记》中记载的故事，其实已经反映出了人类自有了智慧之时起，就具备了辨别荣辱、美丑的本能，而这种本能中所希望

获得光明，辨别荣辱、美丑，不能接受在他人面前被羞辱的欲求和情感，其实质上就是人类的人格意识。

在远古社会中，人类就将剥夺他人生命、伤害他人身体、健康的行为，视为严重的犯罪。对这种行为予以制裁的最普遍的方法就是由受害人及其血亲对加害人进行同态复仇。当时的同态复仇分为对外的血族复仇和对内的复仇两种。前者是基于“血族连带责任”观念发生的一种对人类身体、健康和生命予以保护的方法。一般情况是，当本族的成员受到外族人员的侵害，被害人的血族便采用集团复仇的方式，与加害方的血族进行血斗。在北美易落魁人的习惯法中，就有诸如如果一个氏族成员被外族人杀害了，被害者的氏族就指定一个或几个复仇者，去寻找凶手，把他杀死的规定。对于伤害身体的，则采取“以牙还牙”的方式，伤害加害人或加害人的血亲，但对于加害人伤害的程度要以受害人的受伤害程度为限，不得过于悬殊，否则就是不公平。后者一般采取宣布剥夺加害人一切权利，视同禽兽而被逐出部落，让其在野蛮、残酷的大自然中自生自灭。这种看似野蛮的保护被伤害者的方法，与当时的人类社会的文明程度是相适应的，应当被看做是一种公平的保护方法。

随着社会的发展和人类文明的进步，逐渐产生出了一种用金钱赔偿替代同态复仇的方法，即受害人及其血亲有权选择同态复仇或者放弃同态复仇而接受金钱赔偿。这是伴随着人类生产力的提高而出现的新的更加文明的对人类身体、健康、生命的保护方法，其前提必须是当人类已经能够生产、培育出足够的产品，否则，这种保护方法是不可能存在的。最初，这种赔偿是以支付牲畜或者其他物品来实现的，在出现了货币之后，才改由金钱来赔偿。赔偿的数额由当事人双方商定。这种对受害人及其血亲放弃同态复仇而给予物质或者金钱赔偿方法，本质上是一种报偿或者补偿的方式，因而被称之为自由赔偿的人身损害赔偿。比如，产生于公元前20世纪的《苏美尔法典》中规定：“推撞自由民之女，致堕其身内之物者，应赔偿银十舍客勒。”[注]制定于公元前18世纪的《汉姆拉比王法典》第206条规定：“倘自由民

在争执中殴打自由民而使之受伤，则此自由民应发誓云‘吾非故意殴之’，并赔偿医药费。”[注]

可见，人类自有分辨善恶、美丑的智慧以来，对于自身人格的尊重和保护乃人类文明构成中的一项不可剥夺的基本内容，这种保护本质上是一种人类对于自身人格权的法律保护的意识的萌芽或者出自人的本性的天生的需求，这是人类法律文明产生的精神前提，也是法律文明发展的必然结果。从人类本性的体现，到将原始习惯规定到法典之中，这本身就是人类法律文明发展的一个显著过程。而人类这种自觉地对自身人格的确立和保护之本能，也恰好是法律文明产生和发展的必要之因素及前提。

其二，权利的概念得到人类的普遍认可和使用。

在非洲中部布隆迪南面的尼罗河源头附近的一片完全没有开发的、遗世独立的万古洪荒中的丛林里，千万年以来至今居住着一个叫做“俾格米”族的奇特的矮人部落。这里男人的身高在130公分，女性的身高仅有110公分左右，自古以来他们以狩猎捕鱼为生，生活在一个与外界完全隔离的真正的世外桃源之中。20世纪初，德国人类学家谢贝斯塔在来东非大裂谷探险时，某日，他们一行人在此地附近的河谷里跋涉了大半天，又渴又累之际，眼前突然出现了一片挂满金黄色果实的香蕉林，正当他们准备饱餐一顿之时，突然，有一个非洲尼格罗人冲了出来，愤怒地对他们大嚷大叫，经向导翻译，原来，这黑人始终叫嚷着一句话：“只有俾格米人才有权利从这里摘香蕉！”在这片与世隔绝、万古蛮荒的原始丛林中，突然听到“权利”二字，令这一帮西方人大吃一惊，在连忙道歉并作出赔偿后，这帮西方人向主人提出了一个问题：为什么只有俾格米人才有摘香蕉的权利呢？于是，那个尼格罗人向他们讲述了一个古老的传说。

那是在很久很久以前的古时候，一个俾格米人和另一个尼格罗人一起在森林中游荡，有一天，他们来到一个黑猩猩居住的村庄里，见到了一大片香蕉林，林子里到处结满了金黄色的香蕉。起初，他们认

为这果实有毒不敢吃，然而，在尼格罗人的怂恿下，俾格米人勇敢地吃了几个香蕉，觉得味道可口，很好吃，心眼颇多的尼格罗人还是不敢吃香蕉，直到第二天早晨看到俾格米人还活着，他才去吃这些香蕉。于是，两人都想把香蕉在他们家的附近种植起来，俾格米人拿了一些香蕉，尼格罗人则从香蕉树上掐了一些嫩芽，两人便各自回家种植各自采集到的果实去了。矮小的俾格米人把香蕉果实埋在田野里，等着香蕉长成香蕉树，但香蕉却烂在了土壤里。而尼格罗人则把掐到的香蕉嫩芽埋在土壤里，结果繁殖出了一片美丽的香蕉林。俾格米人感叹地认为，看来自己只能继续从事狩猎打渔的活计，尼格罗人才是称职的种植者。于是，他提出一个要求，他要时常来这里取一份香蕉，尼格罗人问为什么？俾格米人理直气壮地回答："因为俾格米人是这种水果的发现者，而尼格罗人只是从他们那里才学会了吃这种水果。"自那时以后，这个故事被世代相传至今，全非洲的人都知道了小矮人俾格米人享有香蕉的发现权，因而，他们在所有尼格罗人的种植园中都有权利摘香蕉，而其他人则不可。[注]

就像人身体里最基本的结构——细胞一样，权利则是一切法律里面最基本的元素，也是现代一切法律与法学的基础。那么，这个故事似乎向我们昭示了这样一个观点——法律的起源，极有可能是从人类的"本能"——对"权利"的追求和渴望开始的，而并非从国家建立之后由统治阶级的意志开始的。从而可衍生出来这样一个命题——人类的法律并非阶级出现后阶级斗争的产物，而是早在人类还处于原始社会之时，"权利"、"法律"的观念，就早已深深地扎根于世界各地的原始人头脑中了。正如，北美印第安人的习惯那样——一个印第安人如果在雪地上看到一头带箭的鹿，他不会把它扛回家去据为已有，而是会在原地守候，直到射中这头鹿的猎人找来后，再按照习惯，平均地分享到他应得到的那份鹿肉。澳洲土著居民如果他们觉得某一个部落表演的歌舞、面具、头饰好看，而他们又很想在自己的表演中模仿的话，那么他们会给这个部落送去几十头猪和一大批谷物和果实，请求该部落允许他们表演、使用这些好看的歌舞、面具、头饰，因为，根

据各部落间的习惯约定，如果破坏了这些习俗规则而侵犯了别人的“权利”，将会遭到严厉的惩罚——部落会把这些罪犯交给对方处置，对方部落就会用长矛刺入罪犯的腿骨，造成罪犯的终身残疾。(注)

可见，权利，这种来自于人类自身本能的观念，可能是法律起源的重要的人类的主观要素之一。而将权利作为一切法律里面最基本的元素，应该也是人类自身本能之使然。因为，法律的根本目的即是对人类权利的保护。而任何对人类权利的侵害行为，都是人类所颁布的法律所打击和否定的对象。

其三，具有法律意义的公规得到社会成员的认可。

作为被人类学家所公认为世界闻名的、真正的原始人团体之一的至今还生活在地球北极圈内的爱斯基摩人，尽管他们的社会生活相当简单，但是，在他们的文化中，仍然具有着法律意义的公理和公规：

公理一 有精神的东西和全部动物，从它们具有灵魂这一点来说，如具有感情理智的人相似。

推理1. 一定的法令会使他们高兴，另外的则使他们愤慨。

公理二 人类生活的一个重要方面对动物的灵魂和有精神的东西的意义来说是低级的。

推理1. 当动物由于人类的行动而感到不愉快或非常气愤时，他们就会拒绝给人所渴望的东西而施展魔力来惩罚人。

公理三 生活是艰苦的，安全感的系数很小。

推理1. 非生产性的社会成员无存在的理由。

公理四 全部自然资源应自由使用或共同使用。

公理五 像利用时间一样，全部生产工具必须保持有效的使用。

推理1. 私有财产被别人使用其价值大于所有者无效占有。

推理2. 没有人能比所有者使用占有更多的东西。

公理六 自我必须通过行动来寻找自我的现实。

推理1. 个人自由不能侵犯其他人正常活动范围的最低限度。

推理2. 自我行为的尺度把握对男性来说十拿九稳，对女性来说还必须竞争。

推理3. 丧失行动能力的人不值得活着。

推理4. 一种物体的自然的或人为的利用，比物体的“所有权”有更特殊的地位。

公理七 女性虽然在社交方面不及男性，但她们在经济生产和生育后代方面则起着重要的作用。

公理八 夫妻组成的小家庭是基本的社会和经济的单位，他们的活动范围自治。

公理九 为了个人和地方团体的安全，自己的行为必须是预定的。

推理1. 战争行动必须限制在一定的程度和范围之内。注

这些公理实质上就是爱斯基摩人所必须遵守的戒律。从这些戒律之中至少可以概括出以下几个重要的内容：

1.故意或固执地破坏戒律，破坏者将会从团体被驱逐出去，以此作为对于破坏者的惩罚；

2.一些看似强制性的命令，实质上是一种特权，杀婴、杀伤、杀老以及自杀都属于特权行为，这些行为是由社会批准而实施的，不存在破坏戒律的问题。在爱斯基摩人中，残害婴儿的事件很多，这主要是因为过多的婴儿对于他们来说是个负担。而女孩被杀死的比例更高，她们主要被作为祭祀的牺牲品。因为，男人是他们基本食物的主要生产和提供者，而女孩则会成为社会的负担。爱斯基摩

人杀死老人，一般都是来自老人自己的请求，杀死的行为也由与死者有亲戚关系的人来实施。

3.自然资源可以自由使用或共有。爱斯基摩人可以在他喜欢的任何一个地方打猎，其他人也可以进入别人正在打猎的区域，但是，只要一个猎手挖开了一个海豹洞，谁就对该洞和海豹享有专利权。而如果海豹未被打死而是带着鱼叉跑了，那么这头海豹仍然应当属于真正捕捉和杀死该海豹的猎手。

爱斯基摩人的社会没有政府、法院、警察和成文法。用来保持社会平衡和引导人们的行为的，是已经有了法律功能的原始的戒律，这些戒律一来用来维持社会秩序，二来使人们团结，不至于因为过于分散和自我而威胁到每个人的生活环境。因而，我们不能说爱斯基摩人还没有形成社会体制，只不过他们所现有的社会体制存在着与现代社会极大的差异。这与他们所处的恶劣的生存环境以及目前所处的文明程度密切相关。人类社会的法律文明的形成和发展是有背景条件的，那就是需要人类生存的客观条件和人类的主观因素有机的结合。

三、法律文明的摇篮

（一）有史可考的最古老的文明

现在史学界一般认为，世界上最早的文明大概是在公元前3500年左右美索不达米亚的苏美尔人那里出现的，此即所谓两河文明，其发源于亚洲底格里斯河（Tigris）与幼发拉底河（Euphrates）流域，又称美索不达米亚（Mesopotamia）文明。“美索不达米亚”意思是两河之间的地方，大体相当于今天的伊拉克共和国。古代两河流域，北部称亚述（由亚述城得名），南部称巴比伦尼亚（由巴比伦城得名）。巴比伦尼亚又分为南北两部，南部称苏美尔，北部称阿卡德。

两河文明也是人类有史可考的最古老的文明。两河流域最早的居民是苏美尔人。根据考古发掘，早在旧石器时期，两河流域就有人居住。到公元前5000到4000年代，南部地区的居民主要是苏美尔人，说苏美尔语，建立起了苏美尔文明。之后陆续有闪米特人、赫梯人、亚述人、波斯人、马其顿人、罗马人、阿拉伯人和突厥人相继入侵。两河流域继苏美尔人之后最伟大的文明就是由闪米特人汉穆拉比建立的巴比伦王国。

这一地区也就是我们今天所说的“古代西亚地区”，即美索不达米亚的冲积平原，地处欧洲、亚洲、非洲三大洲之间，该地区在欧洲人那里被称为“近东”（the Near East），因为从欧洲中心论来看，欧洲人认为这一地区是距离欧洲较近的东方，而现代则用“中东”一词来称呼这一地区。美国学者威尔·杜兰（Will Durant）指出：欧美文明与其说起源于克里特、希腊、罗马，不如说系起源于近东。希腊文明之绝大部分皆系来自近东各城市。注

文字的发明和法律的诞生是人类文明出现的重要标志。公元前3000年代末期，古代西亚地区的苏美尔人发明了楔形文字，数百年之后，最早的法律记载就出现了。古代西亚地区是世界上最古老的人类已知的法律的故乡，其诞生的时间和文明程度大大早于和领先于其他诸如埃及、印度或中国等其他国度。此后，巴比伦、亚述、赫梯、希伯来等民族先后登上了古代西亚地区的历史舞台，并以楔形文字写就了大量的法律文集或法典，即所谓“楔形文字法典”。此后希伯来人所创立的独具特色的宗教律法典籍也是人类法律文明中的奇葩。所以有西方学者断言，古代西亚地区是现代西方两大法系（英美普通法系和大陆法系）的摇篮，当时的法典已经形成了现代法律的大体雏形。注

（二）人类法律文明的摇篮

为什么古代西亚地区会成为人类法律文明的摇篮呢？这需要从古代西亚地区文明产生、发展的过程中去寻找答案。这个答案也许也能

够回答人类法律文明产生的条件和基因问题。

1.拥有独特的人文社会结构

两河流域处于干旱地带，需要利用河水灌溉，而南部地区地势低平，两河相距较近，比较便于灌溉。北部河岸高起，两河相去又远，不太便于灌溉，因而南部农业生产较为发达。据考古资料证实，约公元前7000年，在两河流域北部山地边缘地区就有人类活动和居住，出现了原始农业和畜牧业，公元前5000年代至4000年代，南部苏美尔地区生产力发达，产生了最早的苏美尔文明。公元前5000年代后期，苏美尔人进入铜器与石器并用的时代。

从公元前4000年代后期到公元前3000年代初，是苏美尔原始公社制解体奴隶制国家形成时期。根据考古发掘，这段时期大体上可以分成三个文化期：埃利都·欧贝德文化（约公元前4500年—公元前3500年），乌鲁克文化（公元前3500年—公元前3100年），捷姆迭特·那色文化（公元前3100年—公元前2900年）。

埃利都·欧贝德文化，以埃利都和乌尔附近的欧贝德而得名。欧贝德是一个小居民点，人口约750人。埃利都是比欧贝德较大的居民点，人口约4500人。这一时期属铜石并用文化时期，人们已经开始使用铜制的工具和陶轮，种植小麦、大麦，蓄养牛羊。随着生产力的发展，人口迅速增加，在农村外已经出现了城镇。城镇中建立起了规模宏大的神庙，用土砖筑成方形殿堂，普通居民多用芦苇筑屋居住。到埃利都·欧贝德文化晚期，神庙建于高大土台之上，台面覆盖石块，神庙本身以土砖筑成。这种神庙建筑是苏美尔地区向阶级社会过渡的重要标志。

乌鲁克文化以最早发现于乌鲁克而得名。乌鲁克文化时期，出现了大批金属制品，主要是矛头、枪尖等铜制武器和金银用具；轮制陶器也大量生产。农业方面已经使用梨耕，以牛曳引，居世界之先。这一时期的一个明显的标志是城镇较前一时期发展得更为迅速，以乌鲁克为中心城镇，加上周围小镇和农村的格局已经形成。到乌鲁克文化

后期，中心城镇的数目由公元前3500年的1个猛增到公元前3200年的20个。从中心城镇中又产生出中心城市，这样以城市为中心的苏美尔城邦最后形成。

捷姆迭特·那色文化最初发现于基什城东北25公里处。这一时期的最大的特征是牲畜种类大大增加，尤其以山羊、绵羊为最，同时还出现了熔炉和专门的冶金匠，并且出现了彩陶。因而，商业和对外贸易也有发展，羊毛是主要交换品，以物易物是当时交换的主要方式。运输工具有船舶、车等，并且应用了十进位和六十进位的计算制度。㊟

公元前3000年代初，在巴比伦尼亚地区已经开始形成数以十计的奴隶制城邦，主要有埃利都、乌尔、乌鲁克、拉格什、温玛、苏鲁巴克、尼普尔、基什、西帕尔等。

可见，古代西亚地区的一个最重要的社会结构特征就是城邦制建立，特别是商业贸易的发达，也为与民事、商业相关规则的出现奠定了社会基础。

2.拥有最早的比较发达的文字形态——楔形文字

这种楔形文字最初是由象形符号演变而来的。早在公元前5000年时，在西亚地区就已经有300多个记号，它们被不断地使用在贸易上，经历了1000多年的打磨，到公元前3500年，已经出现了1500多个具有图画性质的文字符号，进而楔形文字终于在苏美尔人手里产生，并最终定型为文字。通过楔形文字，使得苏美尔人之间的交流变得顺畅起来，人的心灵愈加开豁，使得民事交往以及商业活动中行为规则和法律制度的创设也有了前提条件和可能。到了公元前2500年左右，楔形文字日趋成熟，它由用芦苇做成的带有三角形笔尖的笔在湿泥板上刻画而成的楔形符号组成。这些楔形符号使得人类的生活内容和思想情感以及已经固定的制度得以永久地流传下来，并且成为后来人们了解、研究当时的历史和政治法律制度提供了可靠的依据。如果没有这些楔形文字的记载，我们今天是无法知道古代西亚的历史和法律制度

的真相的，苏美尔文明也不可能成为古代人类文明的代表之一。所以，文字是确定人类文明的程度和发展状况的最可靠的依据，没有自己文字的民族和社会从严格意义上讲，不能算作已经完全跨入了文明社会。

3.拥有独特的城邦政治制度

在苏美尔城邦中，拉格什的考古文献资料最为丰富。苏美尔城邦是由若干个农村公社围绕着一个中心城市组成的，一般一个中小城市地不过百里，人口不过数万，这些城邦各自建立起了各自的政权，城邦有王，称为“恩西”或“卢伽尔”。“恩西”一词起源于en（祭祀）＋si（建筑），原意是“率领人们从事建筑的祭祀”，后来才有了“首领”、“统治者”的意思。“卢伽尔”一词源于lu（人）＋gal（大），原意是“大人”，后来引申为“主人”、“王”的意思。“卢伽尔”最初是城邦在发生紧急情况时临时选举出来的类似“独裁官”的军事首领，后来才逐渐变成正常职务，成为较大城邦一些城邦霸主的称号。“恩西”和“卢伽尔”的职位都是世袭的，他们通常是神庙的最高祭司，主持城邦祭司活动，并且管理水利、统帅军队作战，但还不是具有绝对权力的专制君主。当时城邦的管理机构还保留有贵族会议和公民会议，均属于城邦会议，并且带有不少军事民主制的残余。根据古老的苏美尔史诗《吉尔伽美什与阿伽》记载，基什王阿伽派使者向乌鲁克王吉尔伽美什提出要求，要他强迫人民为基什修堤筑井，即要求乌鲁克人为基什服役，承认基什的霸权。为此，吉尔伽美什先后征求了贵族会议和公民会议的意见，前者主和，后者主战，他最后采纳了主战之议，两邦战事最后以议和告终。《吉尔伽美什与阿伽》反映的是公元前3000年代初苏美尔城邦形成后的历史。史诗说明了城邦的王在权力上还要受到城邦议会的一定限制。但是，随着社会的进一步发展，城邦会议的作用逐渐削弱，王权日益扩大，这是苏美尔城邦发展的基本趋势。

古代西亚地区各民族基本上是游牧民族，以部落迁徙、军事征战为其生存的特征。因为，如前所述，两河流域处于干旱地带，需要利

用河水灌溉来实现农业的发展，因而，苏美尔各城邦之间为了争夺土地、奴隶和水源，不断发生战争。例如，拉格什和温玛两邦为争夺领土边境领土，进行了长期的战争。公元前2600年，基什国王麦西里姆调停了拉格什和温玛两邦的边境争端，立碑为记。公元前2500年，温玛国王乌什毁界碑，侵入拉格什。后来，拉格什王安那吐姆击败温玛人，与温玛新王埃那卡尔谈判，温玛被迫退还所占领的草原，并重立从前的界碑。安那吐姆时留下的“鹫碑”记载了上述历史事件，它是反映苏美尔各城邦之间战争的最早文献。

在这种连年争战的生活模式下，作战胜利的部落首领，往往是新建立的国家或王朝的统治者。为了维护其统治的秩序，维持社会的长治久安，他们必须用政治的或经济的或军事的利益来笼络住手下的亲信和骨干。在这种基础上建立起来的政权其专制程度都要大大低于中国、古埃及等其他文明古国。因为，中国、埃及等国家政权都是建立在以农业经济为基础之上的，其社会结构相对于建立在游牧经济基础之上的古代西亚各国要稳定得多。而农业经济所存在的一个最显著的特征就是人口相对集中，且严重靠天吃饭，如果为了避免旱灾或者涝灾，就必须构筑水利设施，而构筑水利设施又不是仅靠一家一户、一个部落能够完成的事业，它需要多个家庭甚至多个部落的人共同参加构筑水利设施的劳动，而要组织起这样规模的工程，组织者和策划者是必不可少的，这些领导人们构筑水利设施的领头人，自然而然地便成为了一个部落甚至几个部落的首领，而且这种关系需要一定的稳定性，因为，在完全靠天吃饭的时代，水利作为农业的命脉，是一个每年都要进行的长期事业，其又是一个离不开领导者的事业，因而，那些具有治理水患或者组织领导能力的人，便很快成为人们崇拜的偶像，中国古代的大禹就是一个依靠治理水患而一跃成为各部落领袖的典型，而这些领袖人物久而久之便成为了专制的独裁者和拥有绝对权力的领袖。所以，可以说，古代西亚地区的各城邦和各民族政权，其专制程度大体应当介于中国、古埃及等专制国家和古希腊、古罗马西方民主共和国之间，其民主程度也较中国、古埃及等专制国家要高，

但又低于古希腊和古罗马。这与他们各自所处的自然和地理环境密不可分。

正是在上述的政治状态下，在古代西亚地区的各城邦中，出现了一个比较独立的自由民等级。这个自由民等级除了从事国家的行政管理活动以外，还构成了社会上相对自由且能够进行繁复的经济活动的民事主体。这一主体，其等级色彩不如传统的中国、古代埃及那么严重，其行为能力的独立性也比东方专制国家中的臣民要强得多。[注]这样的一种社会结构状况，是法律，尤其是民事法律产生和发达的重要条件和前提。

苏美尔各城邦政治和法律制度的产生与发展，与广大平民对于自己利益的追求和民主精神的觉醒也是密不可分的。在卢伽尔安达（约公元前2384——前2378年）统治时期，拉格什的平民与贵族的矛盾日趋尖锐。卢伽尔安达独断专行，他不顾人民的反对，在全国各地遍设监督、法官和税吏，向城邦平民征收大量贡品，甚至迫使拉格什神庙向国家纳税，侵犯了下层祭司的某些利益。公元前2378年，在对国王不满的劳动人民和下层祭司的支持下，贵族出身的乌鲁卡吉那（公元前2378—前2371年）推翻了卢伽尔安达的统治，并实行了一系列改革。改革的主要内容大体有以下三个方面：[注]

第一，减轻平民的赋税负担，使他们免受侵夺。乌鲁卡吉那撤销了遍布全国的监督和税吏，减免了平民部分捐税、欠税，对平民积欠王室的赋税和增收的大麦税，一律予以豁免；减轻死者家属的殡葬费；过去神庙垄断殡葬仪式，手续繁多、费用高昂，现在明文规定，葬仪从简，收费减半或大半。例如，过去尸体抬入坟墓要收7大杯酒、420块面包、72容量的谷物、1件衣服、1只正生角的羊、1张床，现在减为3大杯酒、140块面包、1只羊、1张床。恢复神庙的财产并废除神庙的纳税义务；改革取消了对神庙增收的捐税，并将以前被贵族侵吞的神庙土地、奴隶和牲畜，全部退还给神庙。禁止官员利用职权侵夺平民的财产，例如不准管理船只和渔场的官吏对的渔民进行勒索，不

准官吏用低价强买平民的房屋、牲畜。此外，还禁止以人身保证作为借贷条件，禁止劫掠，盗窃和欺凌孤寡，等等。

根据《乌鲁卡吉那铭文》本文第14条载："他命令把拉格什的儿女由生活税（即赋税）、固定量干谷（指缴纳赋税用的干谷而不是鲜谷）、劫掠、残杀、破坏房屋中解放出来，确立了他们的权利。"很显然，这条法令是为了保护拉格什国家公民的财产和身份而制定的。这在近4400年前东亚等文明较为发达的地区尚处于原始部落时期，刚刚显露出古代文明曙光的时候，而在西亚地区就已经出现了出于保护平民的利益而专门制定的成文法令，这是何等高级的文明程度，此现象是世界上任何一个地区所没有的。所以，把古代西亚地区当做人类法律文明的摇篮和前驱，实在是当之无愧。

第二，恢复失去公民权的自由民的公民地位，增加公民人数。改革后拉格什全国公民人数增加10倍，达到了36000人。被称为苏布路加尔的依附民，在苏美尔社会中是一个无权的阶层，现在可以作为公民担任轻装兵，他们的口粮也增加了1倍，由原来的每月72西拉增加到144西拉。

第三，进行大规模的兴建活动。乌鲁卡吉那在平民的支持下修建了两条灌溉运河，一条是开凿的新河，另一条是疏浚的旧河。同时，开始修建拉格什中心吉尔苏城墙。此外，还新建了一些手工业作坊、剪羊毛的工棚。

乌鲁卡吉那的改革在一定程度上限制和打击了奴隶主贵族的势力，减轻了人民的负担，对于稳定社会秩序，保护生产的发展起到了积极的进步作用。这次改革也表明，早在4000多年前的古代西亚地区，存在着独具特色的城邦政治和法律制度，这些制度中的某些内容已经完全具备了人类法律文明的主要特征——以保护大多数人民的利益为宗旨。因此，在这里我们已经看到了人类在构建人类法律文明中的成果，也可以从中得出一个结论——人类法律文明的出现与发展不仅仅要依靠统治者或者什么哲人、智者，生活在社会中的广大的人民

才应当是促进人类法律文明的推动者和主力军，如果一个社会仅仅想依靠统治者的“善心”或者某些哲人、智者的“才智”来推进国家法治的文明的进程，那将是危险和可悲的。人民不觉醒、民族不崛起，是无法实现所谓法治文明社会的，此乃千古不变之真理！

4.拥有比较发达的商品交易活动

美索不达米亚中部最古的居民出现于新石器时代晚期，而古代史上所谓的苏美尔—阿卡德文化和国家生存的真正创造者是苏美尔人和阿卡德的闪族各部落。当古代西亚地区发展到公元前3000年代之后的捷姆迭特·那色文化时期，在农业经济有了进一步的发展之后，随着劳动的分工和技术的进步使手工业也获得了显著发展。陶器已经借助于陶钧来制造，这些器皿都有把柄，都有凸花的和几何图形的装饰，花样和色彩也丰富起来。冶金术获得了进一步的发展，骨制的和石制的工具越来越受到铜制品的排挤。农业和手工业的发展引起了商业的出现，但商业的萌芽在某种程度上是早已存在的。商业的出现引起了运输业的发展，轮子，两轮和四轮车已经出现，船头高而船尾稍稍上翘的一种特殊的船也普及起来了。在公元前2400年的时候，美索不达米亚南部的那些原始公社里，就已经出现了剩余产品，于是，各部落之内和对相邻各部落的最古老的商品交换产生了。现在我们还能够看到当时出售奴隶、房屋、田地、家畜和贵金属的契约文本。说明早在公元前三千纪时，频繁的贸易活动就已经在古代西亚大地上存在着。当时，苏美尔人曾经从依蓝、伊朗和亚述输入铜，从两河流域以北和以东的山区输入木材。只是这种贸易还是一种物物交换的形式，某些商品已经成为了最古的商品等价物，这些商品等价物，就是最古老的各种货币，甚至出现了具有货币意义的金属铸块，每次在进行交易时都必须检查铜块或银块的重量。[注]

正是由于商品交易活动的发展和日益频繁，也促使了商品交易规则和习惯的出现，这些交易规则和习惯，都被纳入到当时颁布的一些法典之中，如属于拉萨尔的法典三件（即《苏美尔法典》、《苏美尔

亲属法》和《尼尼微法律教本》），属于伊新的《李必特·伊丝达法典》，属于埃什嫩那的《俾拉拉马法典》等等，在这些法典中记载着自由民因为收割而雇工或租借牲畜的事实，有的由于某种用途而去租用车船，以及买卖和出让房屋的事实，购买奴隶、婢女、家畜或其他财产的条文也屡见不鲜。直到古巴比伦王国第六代国王汉姆拉比（公元前1792—公元前1750年）时期出现的《汉姆拉比法典》其中更多地规定了诸如买卖、财产租赁、借贷、保管、合伙、人身雇佣等内容。关于这些法典的具体情况，将集中在下一章中予以详论。

可见，商品交易活动的频繁和繁荣，刺激、孕育并滋养了调整这一活动中各民事主体之间权利义务关系的规范，这些规范很多都为西方法律文明所吸收和借鉴，因而，难怪有西方学者认为古代西亚地区的法律文明是欧洲法律文明的摇篮，古代西亚的法律文明也被看做是世界人类法律文明的摇篮。

5.拥有较为发达的奴隶制国家

世界上最古的奴隶制社会就形成于公元前三千年纪的古代西亚地区。农业的显著发展、冶金术的发生和物物交换的普及，引起了生产力的增长和增加劳动力的要求。其结果便是古代氏族公社制度的瓦解和最古老的奴隶制国家在原始公社制度废墟上的产生。而奴隶制国家产生的前提则是奴隶制形式的人对人的剥削方式的出现。还在宗法制家族中，就已经产生了最古老的奴隶制的剥削形式。在苏美尔最古老的家族法中允许父亲把自己的孩子卖为奴隶。而这种出卖自己孩子为奴隶的做法往往以收养别人的孩子的习惯为掩饰。收养者给被收养者的父亲一定数目的钱作为收养的费用。这是一种隐蔽的奴隶制度存在的表现。此外，在古代美索不达米亚社会中，妇女没有充分的权利和地位，女儿常常被卖为奴隶，在苏美尔和阿卡德的文件中经常遇到“妻子的价格”这一名词。陷入债务的穷人就常常作为高利贷者手下的牺牲品，穷人不可避免地要遭受奴役的危险。债务的奴役强而有力地促进了奴隶制的发展。促成奴隶制度的最古老和最重要的源泉就是连绵不

绝的战争，这些战争首先在各个氏族联盟之间发生，后来是在苏美尔和阿卡德的个别国家以及比较大的国家组织与相邻各族人民之间经常发生，这些战争首先就产生了照例被变成奴隶的大量的俘虏。在苏美尔的文字中，“奴隶”这个词是用一个复杂的符号来表示的，它所要表现的概念是“一个从山地来的人”。这就说明，在与东部山区诸部落进行的战争中所俘虏的人们通常都被变成了奴隶。

在苏美尔，人们把奴隶称为“萨格”，意思是“个”；而在阿卡德，人们把奴隶称为“阿尔都”，意思是“潦倒的人”，或是称为“列许”，意思是“头”。这就表明，早在公元前三千纪的美索不达米亚，奴隶制剥削的形式已经相当普遍；人们把被变成奴隶的自由人完全看做奴隶。在当时，奴隶出卖的情形相当频繁。奴隶的价格在十四到二十雪凯银子之间（合117到168公分白银）。[注]但是，这一时期在氏族制度上建立起来的奴隶制度，还属于原始的、不发达的奴隶制度。在经过了700多年的发展后，到了公元前十九世纪，阿摩利人的一支占据了幼发拉底河中游东岸的巴比伦城，建立了古巴比伦王国。到了古巴比伦王国第六代国王汉姆拉比（演变自阿摩利语 ʿAmmurāpi “同族的男治疗者”，ʿAmmu“父系的亲人”与 Rāpi“治疗者”；阿拉伯语：حمورابي，公元前1792—公元前1750年）统治时期，他乘各国连年战争，彼此削弱的机会，经过三十多年终于完成了统一大业，建立起了一个强大的中央集权的奴隶主专政国家。他总览全国最高统治权，任命重要官吏，委派地方首脑，拥有一支数目可观的常备军。他还根据国内的社会经济关系现状，在各国原有的奴隶制法典的基础上，结合阿摩利人氏族部落的习惯，制定了一部新的成文法典——《汉姆拉比法典》（The Code of Hammurabi）。公元前1595年，北方后起的奴隶制国家赫梯对巴比伦进行了掠夺性袭击，古巴比伦（第一王朝）遂告灭亡。不久，赫梯人退出，巴比伦又先后建立起了第二、第三、第四王朝。到公元前729年被亚述所吞并。《汉姆拉比法典》经过赫梯、亚述对波斯、摩西立法乃至希腊法律，都有着重大的影响。[注]

（三）法律文明的光辉成就

由上述可知，早在4000多年之前，古代西亚地区所拥有的独具特色的经济、政治、文化制度，造就了人类历史上第一个法律文明的摇篮。其所取得的古代法律文明的巨大的成就，已经成为了人类文明发展史上一个令后人叹为观止的奇迹。这里既有《苏美尔法典》、《苏美尔亲属法》、《埃什嫩那国王俾拉拉马法典》、《伊新国王李必特·伊丝达法典》，又有影响了世界法治千年进程的《汉姆拉比法典》等世界法制史上最具神秘和古典色彩的最古老的法典，这些法典不仅对于我们今天研究我们祖先的智慧和文明成果提供了绝好的蓝本，更为重要的是——它们见证了人类在创建自己的文明的过程中，在文明的初创和摇篮时期，就已经创造出了灿烂的法治文明。而这种古老的法治文明早在4000多年以前就以其独有的风姿屹立于世界，它是人类文明的象征，更是人类追求和谐、正义社会的直接的反映，法治恰好是构建人类理想社会的一个极其重要的标志和特征。

---

1. 参见《圣经》，中国基督教三自爱国运动委员会、中国基督教协会出版发行，南京爱德印刷有限公司2006年印刷，第1至第4页。
2. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第1页。
3. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第41页。
4. 该故事可参见余定宇：《寻找法律的印迹——从古埃及到美利坚》【修订·典藏版】，法律出版社2010年第2版，第10—11页。
5. 参见余定宇：《寻找法律的印迹——从古埃及到美利坚》【修订·典藏版】，法律出版社2010年第2版，第14页。
6. 【美】埃德蒙斯·霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，法律出版社2012年第2版，第57—58页。
7. 参见【美】威尔·杜兰：《东方的遗产》，幼狮文化公司译，东方出版社2003年版，第3页。

8. 参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第5页。

9. 以上关于苏美尔城邦的主要内容参见张艳玲、隆仁主编：《世界通史》（第一卷），中国致公出版社2001年版，第185—187页。

10. 魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第7页。

11. 参见张艳玲、隆仁主编：《世界通史》（第一卷），中国致公出版社2001年版，第192—193页。

12. 参见【俄】阿甫基耶夫：《古代东方史》，王以铸译，上海书店出版社2007年版，第43—44页。

13. 参见【俄】阿甫基耶夫：《古代东方史》，王以铸译，上海书店出版社2007年版，第45—46页。

14. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第4页。

本章结论

这一章所要解决的是法律的起源问题。本章从人类起源入手，在经过对于人类早期社会形态的分析、研究之后，指出人类原始社会就已经产生出来的原始习惯和原始戒律，是人类法律及法律文明的直接来源。而这些原始习惯和戒律，则又直接来源于人类在社会生活过程中对于社会秩序和生活规则的强烈需求。本章还特别论述了国家与法律起源之间的关系，得出了法律起源于国家产生之前的更早的时期的结论，并且明确了国家在法律的形成和发展过程中的所起到的作用。本章还用了一节的篇幅论述了古代西亚地区的经济、政治状况，从而明确了人类法律文明起源于古代西亚地区的这一命题。

本章所想要得出的结论是：法律与国家一样都是人类社会发展到一定阶段的产物，都是人类文明的重要组成部分。法律的萌芽和出现，是要早于国家出现的时间的。国家对于法律的发展起到了重要的作用，但是，国家完全不是法律出现的源头，那种传统地认为法律与国家同时出现的观点是不符合历史发展的事实的。法律及法律文明是人类文明的重要的组成部分，研究法律的发展过程，首先需要研究人类的发展历程，法律的发展历程是人类社会发展过程的必然产物，也是人类在长期发展的过程中对于所积累的政治和社会的经验的一种总结，它来源于社会，并且服务于社会，它所反映和表现出来的基本原则和具体内容，皆是人类和社会发展的产物和结果。因此，我们在研究法律现象时，必须要认真了解和掌握各个国家、各个民族在不同的发展时期和发展阶段的特点，否则，就得不出正确的结论，甚至会走向事实的反面。

第二章

古老的法典

第一节
苏美尔诸法典

一、习惯法的特点

公元前3000年初期，两河流域的南部相继产生了一些城市国家。著名的有拉格什、乌鲁克、乌尔、尼普尔和基什等。国家的首脑被称为“恩西”或“卢伽尔”，是“首领”、“统治者”的意思。他们多半由选举产生，平时是最高行政长官，最高祭司，战时是军事统帅。国家管理机构也带有军事民主制的残余。当时，法是不统一的，主要是习惯法。当时的习惯法中还体现了男女平等的一些内容，如在家庭中妻对已自己的嫁妆有权管理和支配，夫虽然对妻的嫁妆有过问权，但不得随意遗赠别人；妻在管教子女方面与夫有同等的权利，她还可以支配和处理属于她的奴仆，甚至有权代表夫经营工商业。但是，在犯有过错的情形之下，夫与妻的权利和地位则是不一样的。比如，夫若与其他女子通奸，可以不负任何法律责任，而妻犯有类似的过错，则会受到严厉的惩罚。苏美尔人视生儿育女为女性的天职，不能生育子女或对婴儿没有尽到哺育责任被认为罪大恶极，对于这样的女性，依照习惯应将其推入河中淹死。在特殊情况下，丈夫为了抵偿债务，可以卖掉妻子或送到债权人家中作奴仆。可见，苏美尔人的法律中依然还残存着一些母系氏族社会中对女性权利的认可的痕迹，但同时也反映出男性在社会中的支配地位，尤其是他们对于繁衍后代的高度重视，反映了那时因为城邦之间频繁的战争对于人口增长的需要。

二、人类历史上最早的一部成文法

随着为了争夺土地、水源和其他财富各城邦之间不断地发动战争，出现了一个明显的趋向——由原来小邦林立逐渐形成统一的帝国。公元前3000年中期，乌尔、乌鲁克等城邦被强盛的拉格什所征服，两河流域长期分立的小国开始向统一的王国过渡。

公元前2371年，整个巴比伦尼亚又被北部的阿卡德人所占领。阿卡德的创建者萨尔贡（约公元前2371—公元前2316年）经过多次战争，终于统一了苏美尔和阿卡德，建立了阿卡德王国。至此，两河流域各自分散的城邦发展为初步的中央集权国家。但是，它又在140多年后被东部山区的古捷人所推翻。之后，乌尔城邦兴起，又重新统一了两河流域南部地区，史称乌尔第三王朝（约公元前2113—公元前2006年）。王朝的开创者为乌尔纳姆，共传五代。

乌尔纳姆统治时期，南部两河流域的生产力水平又有新的发展：青铜器已普遍使用；农业、灌溉技术、手工业和商业贸易等方面均有所发展；白银已成为商品价值公认的尺度。在政治方面，中央集权制进一步强化：国王的权力高于一切，他任命官吏，统帅军队，控制法庭，集军、政和司法于一身，并且被神化。原先具有相当独立性的地方统治者（恩西）须听从国王的调遣，不得违背国王的指令。地方贵族势力受到严重削弱。此外，粮、油、羊毛、盐和铜等重要商品的价格，均由国家规定。这时的奴隶制经济得到了空前的发展，特别是王室奴隶制经济发展得更为突出：这时的神庙经济多为王室经济所吞并；王室占有全国3/5的土地；王室奴隶制大庄园（包括农庄、牧场、椰枣种植园和各种作坊）遍布于全国各地。在庄园中的劳动者，主要有来自战俘的奴隶和由过去的氏族公社成员演变为近似奴隶的半自由民身份的依附者——古鲁什。古鲁什的境遇较战俘奴隶要略好一些，但也和战俘奴隶一样被编成各种劳动队在监督的鞭子下进行生产。当时在乌尔王室庄园劳动的战俘奴隶约1000人，古鲁什超过了2000人。

这样，在王室庄园中大约有3000以上被奴役的劳动者。在地方国王、寺庙庄园中，奴隶的数量也很多，例如在拉格什，据以文献记载有4各织工队，每队从106名到277名奴隶，共有800多名奴隶。

王室庄园规模很大，仅负责监督古鲁什劳动队的监督就有70多人。在当时劳动生产率低下的情形下，要维持如此庞大的王室庄园正常运转，唯一的办法就是对奴隶和依附者进行残酷的剥削，而这种残酷的剥削必然导致奴隶的死亡率很高。据统计，在一个王室庄园中，170个奴隶，一年之内就死亡50多个。在一个女奴隶劳动营中，共有185人，一个月之内就死去了57人。大批奴隶的死亡，使得王室农庄在农忙时不得不雇佣大批的雇工。据统计，在全国十个城市的王室和寺庙庄园大约需要21000个雇工。据粗略统计，在乌尔第三王朝时，国王、神庙大庄园中的奴隶和私人奴隶各占全体居民总数的15%左右，也就是说全国奴隶 的总数已经占到全体居民总数的1/3左右。

由于自由民的分化与债奴的增多，为了调整社会结构，缓解社会矛盾，以比较固定的形式确定社会各阶层的权利和义务，明确社会成员的地位与职责，便成为了当时统治者必须关注的一个重要问题。统治者十分明白对于这个问题处理的好坏，会直接影响到社会的稳定与发展。于是，乌尔王朝的创立者乌尔纳姆以自己的名义颁布了用苏美尔文字写成的、人类现在所知道的世界历史上第一部成文法典——《乌尔纳姆法典》（The Law of Ur-Nammu）。

现存的《乌尔纳姆法典》仅有一个序言和由四十多个法律条文组成的正文。它起初是刻在石柱上的，最初被发现的仅仅是几个古巴比伦时期的泥板抄本残片，现藏于土耳其伊斯坦布尔的东方博物馆，编号为馆藏尼普尔泥板3191号（the Nippur table No.3191）。尼普尔泥板共分八栏，正反面各有四栏，每栏约四五十个规整字格。泥板正面为序言部分，保存较为完整；反面为法律条文部分，记载了第4条到第20条的内容，较完整保存下来的条文仅有5条。之后又发现了两块乌尔泥

板，保存了第7条至第37条法律条文，因而，该法典保存完整的条文共有23条。[注]

根据现存的这些法律条文，我们可以把这部法典的主要内容概括如下：

1.明确了乌尔纳姆统治的神圣性和不可质疑、动摇性

《乌尔纳姆法典》的序言部分不足1000字，首先强调了两河流域最高神安（Anu）和恩利尔（Enlil）对乌尔地方神南那（Nanna）和统治者乌尔纳姆的特殊恩宠和爱护，以此证明乌尔纳姆王权来自神授，具有合法性和不可质疑性及可靠性。

2.叙述了乌尔纳姆王的功绩

序言向世人宣布乌尔纳姆从马赫尼残酷统治下解放苏美尔各城邦的伟大功绩，宣布由于这次致力于统一的行动，不仅恢复了通向四周的商道，而且使得苏美尔和阿卡德开始再度统一并走向强大。序言还列举了乌尔纳姆王所采取的保护贫弱，抑制豪强，消除不和，确立公道的许多措施。从而向人们宣示乌尔纳姆王是一个受到神护佑的伟大的解放者和统治者。

3.保护奴隶主对奴隶的占有和私有制经济

法典在已经涉及到所有权各其他各项权利的内容，反映出作为法律的一个普遍的最基本的要素——对于人的所有权和其他各项权利的保护功能。例如，法典规定，倘有人侵犯他人的权利，以强力奸污他人的妻子的童贞，该妻子为女奴，则该（侵害）人则须赔偿银五舍客勒。倘有人侵犯他人的权利，强行耕种他人耕田，他（被侵犯人）对他（侵犯人）提出诉讼，而他（侵犯人）嗤之以鼻，则侵犯人将丧失其为耕种改块土地付出的所有劳动成果。倘有人以水淹没他人田地，则他应按每伊库[注]田地，赔偿他（被侵犯者）三古尔[注]大麦。倘有人出租耕地与他人耕种，但他并不耕种，致使田地荒芜，则他应按每伊库田地赔偿出租人三古尔大麦。

4.保护奴隶制婚姻家庭制度

乌尔王朝时期，已经逐步废除了一夫多妻制，并且允许寡妇再嫁。但是，对于奴隶的婚姻则还是予以了许多不同于平民的特殊规定。例如，法典规定，倘奴隶娶了另一个奴隶，他们即使获得了自由，也不得离开他们主人的家。倘奴隶娶了自由民妇女，他们的一个孩子将作为奴隶继续为主人服务，可以获得他父母的财产，而其他孩子则不属于主人，也不能被迫为奴隶。根据法典的规定，奴隶夫妇之间也要彼此忠诚，丈夫对妻儿要尽赡养义务。

在结婚的程序上，法典规定，如果未来的女婿进了女方的家门，但女方的父亲后来又将其女儿（未来的新娘）另许他人，则未来女婿的岳父应加倍退还他未来女婿所带来的聘礼。可见，男方带来的聘礼有定金的作用。说明当时存在和承认买卖婚姻现象。

在解除婚姻关系上，法典规定，倘有人要离弃其发妻，则他须赔偿他妻子银以明那。但如果他离弃的是妻子原是寡妇，则他只须赔偿他妻子银二分之一明那。可见，在当时结发之妻和寡妇再婚在离婚权益上是有所差异的。

在男女关系的价值取向上，法典规定，倘一个男人与一位寡妇保持性关系，却无一个书面婚约，他即使离开这个寡妇，也无须作出任何赔偿。可见，当时法律所保护的仅仅是有婚约的婚姻，而不保护事实婚姻。同时也反映出来，当时的社会对于女性的贞操是十分看重的，否则，就不会在发妻和再婚寡妇的权益保护方面有着如此的差异。

除了上述内容之外，最为可贵的是该法典包含了很多人类最早的有关债权、侵权责任等方面的民事法律规范。[注]

作为世界上第一个成文法典，《乌尔纳姆法典》是典型的奴隶制法典，它的核心内容是保护奴隶制的政治、经济关系。它的出现是人类文明史上的一大成果，它所反映出来的社会状况表明，到那个时

候，人类已经完全摆脱了野蛮时代，而进入了文明的新时代，这个时代的一个最值得骄傲的成就，就是人类开始有意识地制定和颁布一些旨在维护社会秩序和统治秩序的法律和法令。不仅如此，还具备了制定和颁布统一的法典的能力和水平，表明法治文明与其他物质、精神文明一样，早在人类走出蒙昧和野蛮时代、走进文明时代的时候，就已经得到了人类的高度重视。人类已经意识到：法治文明是对人类现有的已经获得的物质和精神文明成果的保障和确认。《乌尔纳姆法典》就是对于距今4200年前的公元前22世纪时期人类在古代西亚的苏美尔地区所已经取得的物质、精神和社会文明成就的确认和反映。这也证明了一个真理：在任何时候，人类的物质文明、精神文明和社会文明必须与法治文明同步前进，法治文明能够确认和保障人类所已经取得的物质、精神和社会文明的成果，同时，它也可以把人类所取得的成果为后世的人们保留和传承下来，因为，法治文明在本质上是人类已经取得的物质、精神和社会文明成果的反映和归纳，它所焕发出来的熠熠光辉，必将照耀和促使着人类创造出更加灿烂的文明硕果。《乌尔纳姆法典》对后世的人类法治文明的发展具有重要的影响，不久之后出现的《苏美尔法典》、伊新的《李必特·伊丝达法典》，乃至对后世影响巨大的《汉姆拉比王法典》等人类法治文明的成果，都受到了《乌尔纳姆法典》的影响。

三、古代法治文明桥梁的架接者

公元前2006年，在伊兰人和阿摩利人的夹击下，乌尔第三王朝被推翻。从此，两河流域又陷入长期分裂的局面。乌尔第三王朝灭亡后，阿摩利人在苏美尔地区建立了两个国家，北方为伊新，南方为拉尔萨。伊新的北部为埃什嫩那，其西北则为玛里。这些小国的统治者为了巩固自己统治又相继制订了成文法典，其中主要有属于拉萨尔的三件法典，即《苏美尔法典》、《苏美尔亲属法》、《尼尼微法律教

本》，属于伊新的《李必特·伊丝达法典》，属于埃什嫩那的《俾拉拉马法典》等。(注)

（一）苏美尔法典(注)

《苏美尔法典》是中国根据1952年的俄文本的译名，也称为《苏美尔法律研习本》（A Sumerian Laws Exercise Tablet，简称SLEx），是楔形文字大泥板之一部分。泥板共有文字5行，现仅存其中的最后两行。原文为草书体的后期苏美尔文，当属于公元前十九世纪。大概出自乌鲁克城（Uruk），为拉尔沙王国（The kingdom of Larsa）法律的一部分。拉尔沙王国曾于公元前2000年左右与伊新王国共同取代了以乌尔为首都的“苏美尔及阿卡德”王国即乌尔第三王朝，其位于美索不达米亚南部地区。(注)

《苏美尔法典》是迄今发现的世界上较早的法典之一，现残缺的法典原文大约自法典中间开始，仅存9条，主要涉及到对于自由民人身、财产和婚姻的保护性规范。每一条的规定采用“倘若”体例。

1.人身保护条款

第一条规定：“撞自由民之女，致堕其身内之物者，应赔偿银十舍客勒。”(注)

第二条规定：“殴打自由民之女，致堕其身内之物者，应赔偿银三分之一明那。”

这里的舍客勒和明那都是苏美尔的计量单位。根据颁布于公元前二十世纪的《埃什嫩那王国俾拉拉马法典》的记载，银一舍客勒合大麦一库鲁（一库鲁约121公升），或者合上等植物油三卡（一卡约4/10至8/10公升），或者合胡麻油一苏图（一苏图约4公升）二卡，或者合猪油一苏图五卡，或者合羊毛六明那（一明那约半公斤），或者合盐二库鲁，或者合蜜三明那，或者合净蜜二明那。(注)

可见，早在4100年之前的苏美尔地区，在对于人身保护的法律制度中，已经出现了侵权损害赔偿责任（概念）。

2.财产保护条款

第三条规定："不依照指定他的航线行驶而使船失事着，除船价本身外，应对主人按……计算租船之费。"

第八条规定："栏中之牛倘为狮子所吞食，牛之价值应作为牛之主人的损失。"

第九条规定："倘牛伤害栏中之牛，则应以牛还牛。"

这里的所谓"以牛还牛"，是说应以活牛赔偿死牛的主人。

可见，财产损害赔偿制度，在当时已经确立起来。

3.收养关系保护条款

第四条规定："养子倘告其父母云：'尔非吾父，尔非吾母'，则彼应放弃房屋、田、园、所有奴隶及其他财产，而此养子本身应按其全价出卖。倘其父母告彼云：'尔非吾子'，则彼应走出……房屋。"

第五条规定："倘其父母云：'尔非吾子'，则彼应离开围墙和居地。"

第四条中的第一个"彼"应是指养子，其意为：如果养子主动对养父母说：你们不是我的父母。那么，这个养子就会被认为是忤逆之子，将被赶出家园，该养子将要放弃家中的一切财产的所有权和继承权，养父母并有权利将这个养子按其全价出卖。而第四条中的第二个"彼"和第五条中的"彼"，则应指养子的养父母，其意为：如果养父母主动对养子说，你不是我们的儿子。那么父母则必须离开房屋和居地，而由养子获得父母家之财产，如围墙、居所等，他也就获得了独立的主体资格。

当时的苏美尔人的有产者经常将奴隶或奴隶与自己所生的子女收养为家庭成员，收养关系已经成为这一时期苏美尔地区常见的家庭关系之一。因为，在奴隶社会中，除了国王和少数国王直系王族之外，对于其他的贵族和富人而言，只有财富的多寡才是体现自身社会价值和地位的唯一标准，而通过这种收养关系，他们才能够使自己的所能掌握的奴隶和财产得到迅速地膨胀和快速地积累，这是奴隶制社会初期奴隶主贵族提高自己社会地位和加强自己政治、经济实力的一种较为简单而快捷的方法。因而，这一时期的法律自然就应当保护这一权利。这也说明，苏美尔人不允许擅自解除这一收养关系，这一来是为了维护家长权的至高地位，二来也是为了保护父母或养父母的财产权利。但是，也不能容忍父母或者养父母滥用家长权破坏这种收养关系，如果养父母无故不认其养子，也同样会遭到严厉的惩罚，他们同样会面临失去财产，直至被逐出居住地，成为不受法律保护的人。这里既反映出了公平、平等权利观念的初步确立，也反映出苏美尔人对权利义务对等的价值判断，在法律运用中的体现。

4.保护事实婚姻关系

第六条规定："引诱自由民之女离家外出，而父母不知者，应告知此女之父母……而此女之父母以女嫁之。"

第七条规定："引诱自由民之女离家外出，而女之父母知之者，则引诱此女之人应对神发誓'彼实知情，过应在彼'。"

这一规定虽然是从维护家长权的角度出发，强调子女必须听命于父母，包括婚姻及其日常活动一般均由父母做主，但是，苏美尔法律并未完全剥夺子女自己选择婚姻的机会，只是要求应当告知父母，并由父母允许自己的女儿出嫁。这项规定实际上也是对子女的一种保护性规定，它一方面并未完全否定子女自己择偶的权利，同时，也要求子女应当将自己离家出走的情况告知父母，并且要求准备迎娶其女儿的人对神发誓要娶此女。当然，这也反映了当时男女社会地位的差异，这是当时西亚民众生活在法律上的真实反映。

《苏美尔法典》残片中仅存的9条内容，已经比较鲜明地体现了早在4000年前的西亚地区，自由民的民事权利已经受到法律的充分保障，任何人或者任何权利不得受到侵犯。这也证明了一个命题：人类法律文明最早的体现不仅仅是像传统的说法那样是起源于刑法或者军法，作为保护人的最基本的人身权利和财产权利，同样是人类最早法律的重要内容，而且，这种倾向在商贸活动较为活跃的地区表现得就越为明显，如前章所述，古代西亚地区正是人类古代商贸活动十分活跃的区域。这是因为，人类能够自觉、自愿、自发从事商贸活动的一个十分重要的前提，就是从事商贸活动者首先需要具备独立的人格权和自由的人身权利，否则，作为一个人身和思想被牢牢束缚的奴隶或者没有获得人身自由的人，要从事商贸活动是不可想象的。因此，作为反映古代商贸活动十分活跃的古代西亚地区社会经济状况的苏美尔法，其所反映出来大量存在的旨在调整民商事活动的民事法律规范，也就好不为怪了。这也是东西方法律体系和法治理念存在差异的重要原因之一。关于这一点在下面的论述中我们还能得到更加深刻、明晰地认识。

（二）李必特·伊丝达法典[注]

约公元前2017年左右，苏美尔人在美索不达米亚南部建立了伊新王国第一王朝。该王朝一直存在了200多年，直到公元前1784年才为北部的拉萨尔王国最后一任国王里姆-辛（Rim-Sin，约公元前1822年至公元前1763年在位）所灭。李必特·伊丝达是伊新第一王朝的第五任国王。他于公元前1930年颁布了《李必特·伊丝达法典》，这是由苏美尔人颁布的又一部楔形文字法典。这部法典分为序言、正文和结语三大部分。国内见到的该法典的唯一译文是出自于1982年10月北京大学出版社出版的由法学教材编辑部、《外国法制史》编写组选编的《外国法制史资料选编》（上册），该译本摘译了1952年该法典的俄文译本。该译文的正文从第8条开始至第38条，仅31条，其中第19、20、

21、31、32、33、38条仅剩下只言片语，其内容已经无法完整地破译了。

在序言中，李必特·伊丝达宣称：他，作为尼普尔的恭顺的牧人、乌尔的忠实的庇护神恩利尔神、埃里都的亲近之人、乌鲁克的善良僧侣、伊新的王、苏美尔和阿卡德的王、阿卡德的肥沃女神伊兰娜所关怀的人，依照伊新的最高神——恩利尔的嘱咐，在苏美尔和阿卡德确立法律；这部法律将给尼普尔的儿女、乌尔的儿女、伊新的儿女、苏美尔及阿卡德的儿女，带来自由和财富；它的目的是使父母扶养其子女，使子女扶持其父母，并使父母和其子女共处，并且以法律的名义确立他所新创立的氏族。这样以法律的名义高调宣布一个国王所确认的高尚道德准则的做法，在此前的苏美尔法典中还未曾出现过。其为此后的苏美尔法典以及《汉姆拉比法典》的编纂体例和明确君权神授的立法精神打下了基础、开创了先河。它的民事法律规范的条文大量地出现在《汉姆拉比法典》之中。注

在这部仅知三十多个条文的法典中，涉及保护私有财产的条文有12条，有关婚姻家庭规定的条文有13条，有关租用契约的条文有4条。该部法典的一个重要的特点就是以民事法律规范为主，反映了当时古代西亚地区民事规范的主要内容。注

该法典的结语部分，再次重申了李必特·伊丝达国王此次立法的最终意图是：消除敌意与暴力，哭泣和悲伤，在苏美尔和阿卡德大地上建立真理与正义，为这里的人民创造财富。他还以诅咒的方式要求后人们保护刻有该部法典的石柱，指出，凡不破坏他的事业之人，不擦去他所写的名字，不写上别人或者自己的名字之人，就可以得到长寿和得到神的庇护和赐福的荣耀。凡是毁坏或者破坏此石柱之人，或者擦去他所写的名字而写上自己的名字的人，即使他是国王，也必将得到被剥夺所有财富之惩罚与诅咒。

在苏美尔诸法典中，《李必特·伊丝达法典》应当说是一部较有特点的古代法典，这种特点尤其体现在它的序言和结语之中。

（三）苏美尔亲属法[注]

公元前1800年左右的《苏美尔亲属法律研习本》，国内又译为《苏美尔亲属法》，是拉尔沙王国的另一部法典残片，是阿卡德译文的苏美尔原文。它出自“法律家”所用的苏美尔文教本，该教本包含字典、文法形式及法律程式，以及法律内容的种种样式的原文。这个文献也反映了拉尔沙王国的法律实践。

该法律残存条文共有7条，主要涉及家庭关系、夫妻关系、家庭财产等民事方面，其所反映出来的法律精神的核心是维护父权和夫权，与前文所述的《苏美尔法典》的立法宗旨一脉相承。

在法典残存的法律条文之前，法律第一行有一行字：“垂之未来，行之久远”。表明了立法者希望该法典能够永远传至后世，垂范人间。这是一种期望，更加反映了立法者的一种自信。

该法律残片的内容可以分为三方面的内容：

其一，有关父母与子女关系的民事规定。

第1条规定：“倘子告其父云：‘尔非吾父’，则应髡彼之发，加之以奴隶之标记，并卖之以易银。”

第2条规定：“倘子告其母云：‘尔非吾母’，则应鬌彼之鬓，并逐出公社，逐之于家庭经济之外。”

这两条民事法律要求子女对父母不能给予任何侵犯，即使是只说了一句“你不是我父母”这样不敬的话，就应当受到惩罚。因为，在当时苏美尔人的理念中子女是父亲的私有财产。而子女对父亲的不敬，就是对于父权的侵犯和挑战。所以，对于这样的不肖之子，就应当对其处以剃去头发（髡刑）的惩罚，同时还要剥夺儿子的自由民身份，施以奴隶标记并予以出售，换取银两。而如果儿子以同样的语言冒犯了母亲，则只需要剪去他的鬓角，驱逐出原公社或村落，并脱离其与家庭的经济关系，但并不需要剥夺其自由民身份，也不必被卖为奴

隶。这也说明了当时古代西亚地区的法律同样确认夫妻关系和男女关系不平等的事实。

苏美尔法律中的一个最显著的特点就是民事主体权利义务的对等性。与前述的两条法律规定相对应，该法律的第3和第4条则针对父母对于儿子也说出了相类似的话，做了具体的规定。

第3条规定："倘父告其子云：'尔非吾子'，则彼丧失房屋与围墙。"

第4条规定："倘母告其子云：'尔非吾子'，则她丧失房屋与器具。"

这两个条款在一定程度上保护了儿子的生存权利，以保证儿子不会无故被父母赶出家门，而成为无家可归者，甚至走上歧途。只是在法律的处罚上要比儿子对于父母的侵犯较轻。从中可以看出，当时苏美尔社会是十分注重家族和睦，同时，也强调家长权力的至高无上。

其二，有关夫妻关系的民事规定。

第5条规定："倘妻恨其夫而告知云：'尔非吾夫'，则应投之于河。"

第6条规定："倘夫告其妻云：'尔非吾妻'，则彼应给银半明那。"

苏美尔法律保护夫妻的不平等关系。上述的第五和第六条，就是从维护夫权的立场出发，确定了以夫为中心的夫妻关系。当妻子对提出离开丈夫时，妻子要被投入河中淹毙；而丈夫抛弃妻子，妻子则仅仅得到丈夫赔付的银子即可了结。这是当时社会中男女法律地位和法律关系的直接反映。

其三，有关财产关系的民事规定。

在苏美尔社会里，奴隶是家庭财产的重要组成部分，法律也对相关问题作出了相应的具体规定。

第7条规定："自由民雇用奴隶而奴死亡、逃走、失踪、规避或患病，则彼应每日按约定之半付给谷物，以为奴隶受雇之工资。"

该条文中的"彼"是指自由民，即雇主。这说明自由民在有偿雇佣奴隶期间对于被雇佣的奴隶有监护的义务，如果出现奴隶死亡、逃走、失踪、规避或患病的任何一种情况，自由民就必须对奴隶的主人（即向雇主出租奴隶方）承担赔偿责任。当时主要是以大麦作为赔偿的标的。

（四）俾拉拉马法典㊟

乌尔第三王朝衰落之后，两河流域再次陷入分裂局面。此间，相继出现过一些大大小小的城邦国家，其中最著名的莫过于位于美索不达米亚北部的埃什嫩那王国（The kingdom of Eshnunna）和南部的古巴比伦王国（The Kingdom of Babylon）。而在古巴比伦王国中期第六位国王汉穆拉比创造了第一个巴比伦帝国，消灭了埃什嫩那王国，控制了美索不达米亚南部大部分地区之前，美索不达米亚平原上的一些小王国都编纂过自己的法典，其代表作是埃什嫩那王国的《俾拉拉马法典》（The Laws of Eshnunna，简称LE）和几乎与其同时代的《李必特·伊丝达法典》。

公元前1770年左右的《俾拉拉马法典》，是出自美索不达米亚北部王国埃什嫩那王国的法典，故也称《埃什嫩那法典》。埃什嫩那古城是巴比伦东北迪亚拉（Diyala）河谷的一个城市，是美索不达米亚平原通往地处扎格罗斯山脉地区（the Zagros Area）、亚洲伊朗西南部古代埃兰王国之路的中转站，其文化深受苏美尔-阿卡德文明的影响。俾拉拉马（Bilalama）系年号，具体时间当在公元前18世纪左右，稍早于《汉姆拉比法典》。

该部法典存在于在特尔·哈尔马尔城发现的楔形文字的两块泥板上，语言为苏美尔文，法典本文为阿卡德语而带有若干地方特点。因

此，有学者认为它属于古巴比伦早期阿卡德人的法律成果。

法典共分六个段落，由语言和法典正文两部分构成，现残存的正文共有59条法律条文，第60条及第61条原文被毁坏。序言很简单，仅强调了制定法典的大致时间：（某年）（某）月二十一日立。立法者为吉利吉利之子、承受埃什嫩那王权者—俾拉拉马，故而该部法典也被称为《埃什嫩那国王俾拉拉马的法典》。

该法典系综合性法典，其中涉及到：有关物价的规定（第1条和第2条），有关租用牛及牛车、船舶的规定（第3条至第6条），有关雇佣他人劳动的规定（第7条至第11条及第14条），对于因破产失去土地而沦为依附王家土地之人和被征服地的外来人出逃的惩罚的规定（第12条和第13条），有关借贷行为的规定（第15条至第24条），有关婚姻成立的规定（第25条至第31条），有关子女的收养、抚育的规定（第32条至第35条），有关寄托行为的规定（第36条和第37条），有关买卖行为的规定（第38条至第41条），有关自由民之间相互侵害行为的规定（第42条至第47条），有关地方公社长老的法庭与国王审判权限的规定（第48条和第58条），有关奴隶和奴婢被偷、逃亡、活动范围的规定（第49条至第52条），有关牲畜与牲畜之间互致伤害的规定（第53条），有关牲畜致人伤害的规定（第54条至第57条），有关自由民无故遗弃妻子的规定（第59条）。

在整部法典中最具有特色且在距今3000多年前的当时具有一定先进性的规定，当属其第42条至第45条中对于具体伤害行为所应承担的赔偿责任作了详细地规定：

咬破他人鼻子，赔偿1明那，即60舍客勒（第42条）；

伤他人一只眼，赔偿1明那，即60舍客勒（第42条）；

伤一个牙齿，赔偿1/2明那，即30舍客勒（第42条）；

伤一只耳，赔偿1/2明那，即30舍客勒（第42条）；

掴他人的面颊，赔偿10舍客勒（第42条）；

砍断他人一个手指，赔偿2/3明那，即40舍客勒（第43条）；

推倒并挫伤对方的手，赔偿1/2明那，即30舍客勒（第44条）；

推倒并挫伤对方的脚足，赔偿1/2明那，即30舍客勒（第45条）；

打架中推撞对方而致对方伤害，赔偿10舍客勒（第47条）。

该法典规定赔偿的标的一律以银计算，1明那约合半公斤银。

法典根据行为人损害自由人的身体部位（鼻、指、手、足）的不同，规定了给予受害人不同金额的赔偿，其目的在于实现对等的公平，这些规定已经完全摆脱了原始社会血亲复仇或同态复仇的原始观念和做法，是人类对于自身保护理念和文明程度的一大进步。特别是该法典第48条规定，至于生命有关生命问题，则仅能由国王解决之，这意味着人类已经认识到，因侵权行为而剥夺他人性命的危害性，已经超乎个人人身利益的损害界限了，该侵权行为已经构成了对社会公众安全利益的威胁，因而此行为已被视为犯罪行为，需要由国王等公权力来定夺惩处，而非普通的可以通过民事赔偿即可解决的问题了，其已经属于刑法所应当规范的范畴，这恐怕也是人类最早的对于民事规范与刑事规范之间的区别的认识了，具有积极的意义。

那么，为什么在距今3000多年的古代西亚地区会出现上述的认识和立法呢？笔者认为，这与当时西亚地区特殊的政治文明和商贸活动频繁有着直接的关系。因为，正如前文所述，古代西亚地区各民族基本上都是游牧民族，以部落迁徙、军事征战为其生存特征。作战胜利的部落首领，往往就是建立的国家或王朝的统治者。为了维护其统治秩序和社会的长治久安，他们必须用政治或经济的或军事的利益来笼络住手下的亲信骨干，因此，在此基础之上建立起来的政权，其国王

的专制程度都要大大低于以农业为主的中国、古代埃及、古代印度等东方国家。在这些东方国家中，农业是人们赖以生存的主要产业，而那时的农业又是完全靠天吃饭产业的，任何一种自然灾难（如水灾、旱灾、蝗灾）都会使农业遭受到灭顶之灾，因而，经常开展大规模的水利建设和驱赶蝗虫等害虫的大规模的群众性活动，则成为了人们一项十分重要的经常性工作，而这个工作是离不开大家共同劳动的，仅仅依靠个人或者某个家族的力量是根本做不到或完不成的；同时，这种大规模的工作自然离不开能够带领大家战胜灾害的那些具有着普通人所不具备的领导和技术才能的首领和领袖人物的领导和指导，这些首领和领袖人物在人们的眼中往往被视为神人，就如同中国古代社会中对于黄帝、炎帝、伏羲氏等领袖人物的传说一样，这些人物就逐渐会演变成为集所有权力于一身的专制者和统治者，尧、舜、禹时代的舜、禹，以及后来的夏启诸人，就是当时的集权者，他们及其他们衣钵的传承者所建立起来的国家或者王朝，也把集权式统治方式，看做建立、巩固和延续他们统治的良方妙药，而广大的民众也逐渐地习惯或者默认了这样的统治方式，这样数千年来的延续与熏陶，这种统治的方式也成为了一种文化现象和传统，这也就造成了大家现在所看到的东方与西方的在政治、法治诸方面的差别了。古代西亚地区的文化和传统若与东方诸国相比，由于其所处的地理位置和生存的条件与东方诸国存在着显著的差异，再加之其距离西方古代文明的起源地——古代希腊和罗马较之东方诸国要近得多，在那个交通极不发达的时代，东方世界与西方世界之间是不可能建立起联系的，尤其是进行文化领域的交流就更加的不可能。实际上，东西方文化之间的直接交流和碰撞，已经是15世纪以后，在欧洲人开始了大航海行动之后的事情。因而，如果说古代西亚地区的政治、法律制度对西方文明进程有着不可忽略的影响，是不足为怪的，况且，现代西方学者已经把古代西亚地区的政治、法律制度及其文明作为了古代希腊、古代罗马文明的摇篮。

此外，如前文所述，在古代西亚地区的社会上，存在一个比较独立的自由民阶层，这个阶层人们的经贸活动非常活跃，这首先是因为古代西亚地区处于东西方陆路交通枢纽地带，特别是在航海业不很发达，东西方之间缺乏相互了解的上古时期，西亚四通八达的地理位置，是促成其商业繁荣的客观因素之一。当然，如前文所述，其手工业的发达也是其商业发达的因素之一。

而商业的发达必然造成人们对于经济因素的敏感与重视，因此，以经济赔偿的方式来替代原始的以血亲复仇和同态复仇方式来处治因侵权行为造成人类的人身伤害的方法，便成为了必然和可能。人们意识到，一个人身体所遭受到的伤害一般是无法得到恢复的，而如果以同样的方式造成侵害者同样的伤害，不仅对于已经收到身体损伤的受害者毫无现实意义，而且，这种以牙还牙式的处治方式，对于社会也是毫无益处的，只会徒然增加社会的负担和人们之间的仇视与敌对，那些因为收到同态复仇惩罚的人，从此也会失去或降低劳动能力，而造成更多的贫困和社会不安定因素。因此，以经济赔偿方式解决因侵权行为造成的伤害的矛盾，不仅可以使得受害者获得实际意义上的经济利益，更为重要的是这种方式避免了社会资源的再度被浪费和侵害，此方法对于维护稳定的社会秩序，梳理人们之间的关系，具有积极的现实意义。这也是人类文明程度不断提高的一个直接反映。

《俾拉拉马法典》的主要内容被稍后出现的另一部古代社会的重要法典——《汉姆拉比法典》所吸收和发扬。

总之，上述的苏美尔诸法典，无论是在时空衔接上还是制度创设上，它们如同闪耀在人类文明天空中的明星一样，不仅照耀着人类古代文明的夜空，而且还辐射着古代西亚地区未来的历史的天空，它们是一组承上启下的法典，是架接《乌尔纳姆法典》和《汉姆拉比法典》的人类法治文明的桥梁和纽带。

---

1. 参见朱承思、董为奋：“《乌尔纳姆法典》和乌尔第三王朝早期社会”，载《历史研究》1984年第5期，以及魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第53—54页。
2. 古代西亚地区的土地面积单位，1伊库约合0.35至0.36公顷。
3. 古代西亚地区计量容积单位，1古尔约等于300公升。
4. 《乌尔纳姆法典》中的民事法律规范的内容请读者阅读魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第55—63页。本书在此不再赘述。
5. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第3页。
6. 《苏美尔法典》的条文，见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第1—2页。
7. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第1页。
8. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第1页。
9. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第4—5页。
10. 《李必特·伊丝达法典》的法律条文均引自法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第11—16页。以下不再另加注。
11. 参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第74页。
12. 《李必特·伊丝达法典》中的民事法律规范的详细内容可以参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第64—74页。
13. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第3页。
14. 《俾拉拉马法典》的条文均见于法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第4—10页。

第二节

汉姆拉比王法典

一、法典的制定的背景

（一）石柱法典的来历

1901年12月，由法国人和伊朗人组成的一支考古队，在伊朗西南部一个名叫苏撒的古城旧址上进行发掘工作。在发掘中的一天，他们偶然发现了一块黑色的玄武石，以后的几天又发现了两块，他们把三块黑色的玄武石拼合起来，发现原来是一个椭圆柱形的石碑。经过当场测量，这块石碑高2．25米，底部圆周1．9米，顶部圆周1．65米。在石碑上半段的浮雕中雕有古巴比伦人崇拜的太阳神沙马什和古巴比伦王国国王汉姆拉比，太阳神沙马什端坐在宝坐上，古巴比伦王国国王汉姆拉比恭谨地站在太阳神的面前，沙马什正在将一把象征帝王权力标志的权标授予汉姆拉比。石碑的下半段则刻着一些楔形文字，谁料想这些难懂的文字竟然是一部用楔形文字书写的距今已有3000多年的古代法典。经过从各个方面考证得出的结论是：这是一部由公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉姆拉比（那个恭谨地站在太阳神面前接受帝王权杖的人）主持制定的一部反映古巴比伦时期奴隶制社会情况的法典。

那么，不禁有人要问，这部石柱法典是怎样从巴比伦“跑到”苏撒的呢？苏撒和巴比伦又是什么关系呢？原来苏撒也是一座5000年前的古代西亚地区的一座都城。公元前3000多年前，在今天伊朗迪兹富尔西南的苏撒盆地有一个强大的奴隶制王国，叫埃兰（又译“依兰”）。

古城苏撒就是埃兰王国的首都。公元前1163年，埃兰人攻占了巴比伦之后，便把刻着《汉姆拉比法典》的石柱作为战利品带回到了苏撒。埃兰王国后来被波斯灭亡。公元前6世纪时，波斯帝国国王大流士上台后，又把波斯帝国的首都定在苏撒。这个石柱法典便又落到了波斯人手中。在当年发掘出来的时候人们发现圆柱正面有7栏已被损坏，这是因为，当时的埃兰国王打算在圆柱正面刻上自己的功绩。可是，在毁去原来的字迹后，不知为什么并没有刻上新字。因而，就造成了这7栏中没有任何文字。这件希世珍宝几经周折，目前被收藏在法国巴黎的卢浮宫博物馆里。圆柱上被涂毁的7栏文字，根据后来发现的法典的泥版文书进行了校补。因此，这部"石柱法典"（刻在石柱上的法典）是世界上现存的唯一一部最古老且最完整的法典。

（二）古巴比伦王国的兴起

距今100年前发现的这块拼起来的石碑，把我们带回到了那个近4000年前的古巴比伦社会。

公元前21世纪阿摩利人的许多游牧部落侵入了两河流域，夺取了阿卡德地方的广大地区。公元前2003年，在埃兰人和阿摩利人的夹击下，乌尔第三王朝灭亡，末王伊比新为埃兰人所获俘。此后，阿摩利人与埃兰人之间曾进行了一系列斗争，阿摩利人迫使埃兰人退回到东方山区。阿摩利人在美索不达米亚接受了苏美尔、阿卡德文化，致使氏族制度解体，建立起了一些独立的城市。他们之间经过长期的战争，最后由处于两河流域中部和东西方商道交叉点上的巴比伦城取得了胜利，并在巴比伦城建立了巴比伦王国（公元前1894—公元前1595年）。

巴比伦王国位于两河流域的中央。"巴比伦"一词本是众神相会之地的意思。因为，这里是西亚的交通要冲，地理位置非常优越。在巴比伦建国之初，还是一个长不过120公里，宽仅32公里的弹丸之（城）邦，到公元前1792年，汉姆拉比成为古巴比伦第六代国王。他在即位

之初就立下了远大的志向——他不仅要使巴比伦成为强国，还要统一两河流域，建立大巴比伦王国。在他当政的头几年里，他卧薪尝胆，积极扩充军备，准备统一战争。到了汉姆拉比统治的第6年，他联合北方的马里、南方的拉尔萨，一举消灭了南方的敌国伊新。接着，他又联合马里，消灭了拉萨尔。公元前1759年，汉姆拉比又挥师北上，向曾经是自己盟友的马里宣战。经过一年的苦战，马里城遭到毁灭性破坏，马里国王吉姆里利姆迫不得已向汉姆拉比表示臣服。就这样，汉姆拉比先赶走了伊兰人，征服了伊新、乌鲁克、埃什嫩那和玛里，最后又攻克亚述的首都，经过35年的努力，汉姆拉比终于完成了统一的大业，把两河流域基本都纳入了自己的版图，创造了一个从波斯湾至地中海沿岸的奴隶制大帝国。巴比伦成了西亚政治、经济、文化的中心。汉姆拉比骄傲地自诩为“强大之王，巴比伦之王，阿姆鲁的全国之王，苏美尔、阿卡德之王，世界四方之王。”

汉姆拉比在位42年，留下了丰富的史料。这些史料成为我们研究巴比伦社会情况的重要资料。

（三）汉姆拉比的统治

汉姆拉比是一位很有才干的国王，在他实现统一的过程中，建立起了强大的中央集权的奴隶制专政的国家。他总揽全国的最高统治权，任命重要官吏，委派地方首脑，并且建立起了一支数目可观的常备军。他勤于朝政，关心农业、商业和畜牧业的发展。他也关心税收，处理各种案件。在他在位期间，他使巴比伦成了一个强盛的国家。

他采取的主要措施包括：

1.强化中央集权

为强化中央集权，汉姆拉比力图神化王权。他将巴比伦的保护神马尔都克尊为全国主神，位于众神之上，宣布自己是受马尔都克之命

来统治臣民的，并自称是“众神之王”。他组建起了一支常备军，依靠这支汉姆拉比政权的重要支柱，汉姆拉比统一了两河流域并加强度各地的统治。他颁布了很多诏令严密监督和控制地方政权，他曾经直接命令地方官吏逮捕八名不到职的官吏，并将他们解送到王都来。这表明汉姆拉比已经改变了乌尔第三王朝时期国王与地方官员的相互的关系，古巴比伦王国的君主专制制度得到了加强。

2.兴修水利、发展农业

灌溉农业在两河流域的经济中占有重要地位。为了从经济上加强对国内的控制，汉姆拉比采取了星宿水利、发展农业生产的措施。据《汉姆拉比王名表》记载，他的8、9、24、33年的年名，都是开凿河渠，兴修水利之年。例如，第33年的年名表中说：“他重凿安努与恩利尔之所爱，汉姆拉比民丰”之运河，他为“尼普尔、埃利都、乌尔、拉尔萨、乌鲁克、伊新供应永恒而充足的水，并将分散的苏美尔、阿卡德重新组织起来。”他给地方官员的一些诏令其中很多都是有关兴修运河的命令。水利的兴修必然促进了农业的发展，而农业又是当时社会最主要的经济支柱，农业发展的水平直接决定了社会经济发展的水平。因而，汉姆拉比兴修水利的做法，直接促进了巴比伦经济的发展速度和历程。

3.制定法典

自乌尔第三王朝开始，随着奴隶制私有经济的发展和社会关系的日益复杂，制定法典来代替过去不成文的习惯法，这已成为一种趋势。汉姆拉比在位期间，为了巩固巴比伦王国的奴隶制度，加强中央集权制，废除了各邦原有的法律、法令，制定了一部全国统一的成文法典——《汉姆拉比法典》。

（四）法典的制定过程

汉姆拉比在统一两河流域后，由于奴隶制私有制和商品货币关系的发展，高利贷者利用农民和手工业者的困境，故意抬高利息，对小生产者实行敲诈勒索，致使大批的农民和手工业者无力偿债而破产，有的沦为债奴。这种情况，不仅使农业、手工业的生产遇到困难，而且严重地影响到军队兵源的来源和军队装备的提供，削弱了国防力量。

汉姆拉比作为国家的最高统治者和司法者，每天需要处理很多的申诉案件，身心甚感疲惫。在审理这些申诉案件的时候，他感到有必要用法律来暂时限制一下高利贷者的专横，缓和一下自由民内部的矛盾，从而达到加强军事实力，稳定社会秩序，巩固奴隶主政权的目的。于是，他让大臣们把过去苏美尔地区已有的一些法律条文收集起来，再结合阿摩利人氏族部落已经形成的习惯，编成了一部法典。汉姆拉比命令把法典刻在石柱上，竖立在巴比伦马都克大神殿里。这就是名垂青史的古巴比伦王国的《汉姆拉比王法典》，也称为《汉姆拉比法典》。

二、法典的结构

《汉姆拉比法典》是一部司法判决汇编，是根据它所调整的社会关系内容，针对当时社会存在的实际问题编制的。法典共有282条，刻在圆柱上共52栏4000行，约8000字。圆柱挖掘出来的时候，正面7栏（35条）已经损坏，其余的基本完整。正文共有282条，其中包括诉讼程序、盗窃处理、军人份地、租佃、雇佣、商业高利贷和债务关系、婚姻和遗产继承、伤害赔偿以及奴隶地位等方面。因此，该法典比较全面地反映了当时社会的面貌，是研究和了解古巴比伦奴隶制社会及其法律制度的重要的原始资料。

《汉姆拉比法典》的结构共分序言、正文和结语三部分。在序言里，汉姆拉比主要宣扬他的权力来自神的授予，同时指出自己施于居

民的“恩惠”和“德政”。法典正文是主要部分，共282条。其主要内容包括：诉讼程序（第1—5条），财产（第6—126条），婚姻家庭与继承（第127—193条），人身保护（第194—227条），劳动和劳动工具（第228—282条）。在结语部分，汉姆拉比宣扬他的法典如何公平、正义，希望永垂后世，被人们遵守。

三、法典的基本内容㊟

（一）君主专制制度

古巴比伦王国是典型的君主制国家，在那里，国王居于最高的统治地位，行政、立法、司法和祭祀大权都归属于国王。为了论证专制君主的至高无上的权力，在法典的序言里，汉姆拉比宣布巴比伦王国是由苏美尔土地之神安努那克之王、天神安努、苏美尔最高之神恩利尔、苏美尔众水之神埃亚之长子众神之王马都克等所有众神护佑的、万方最强大的、其根基与天地共始终的不朽王国；并且宣布他是受命于安努与恩利尔诸神，而成为巴比伦王国荣耀而畏神的君主，他将发扬正义于世，灭除不法邪恶之人，使强不凌弱，照临黔首而光耀大地。他的任务是代表这些神明为人民造福，使人民获得永久之安宁。在序言中，他在自己的头上罩上了25个光耀无比的头衔，认为自己是常胜之王、四方的庇护者、王者之贵胄、忠于太阳之神沙马什的强有力的合法之王、国境之天盖、众王之统治者、冲击敌人的勇猛的金牛、众王之神、睿智无伦、明哲之君、实行一切计划的贤明的统治者、众王之首、荣耀的君主、人民的牧者、巴比伦历代国王之继承者、最强大的君主、巴比伦之太阳、苏美尔全境的庇护者、使四方威服之王、伊丝达国王之喜爱者，并且宣布了他制定法典的目的和宗旨是：在他奉苏美尔众神之王马都克之命统治万民并使国家获得福祉之

时，将公道与正义流传国境，并为人民造福。同时告诫人民：自今而后必须遵守他所颁布的法典。

正是在这一整套神圣君权神授的光环照耀之下，汉姆拉比通过这一法典对巴比伦的政治、军事、经济、婚姻家庭、劳动、诉讼等国家的基本制度进行了重大的改革与确定。

为了保证常备雇佣军的存在与维护，法典中有许多条款规定了军人的权利与义务。例如，第26条规定，军人奉命出征而不行，或雇人以自代，军人应当处以死刑，而代替其出征的人可以得到被代者的房屋；第27条规定，倘若军人被敌人所俘后，其家园交予其他代其服役之人，如果他返回家里，则应归还其田园，并由其继续服役。第34条规定，军官不得对士兵滥用权力以及侵占他们的财产，否则判处死刑。第35条等规定，自由民收买士兵的田园、房屋，不仅如数归还，并且不得索取买时花掉的银子。第36条和第38条规定，军人在服役期间由国家领得的份地、田园、房屋和牲畜不得出卖、遗赠其妻女或用以抵偿债务。

法典之所以有上述这些规定，主要是为了保障军人自身及其家属的生活，使他们不依附于村社，而仰赖与国家，从而使军队成为一支完全效忠于国王和专制政权的强有力的军事力量，以维护和延续专制政权的持续发展。

可见，确立和维护君主专制制度乃法典的首要任务。

（二）审判与诉讼制度

1.实行神明裁判

法典第2条规定，在法庭上，当一方控告另一方犯有某种罪行，然而提不出证据，被告一方也拿不出反驳的证据。这时，法官便会宣布把被告一方扔进幼发拉底河中，如果沉溺了，证明被告一方有罪。没收其全部家产归原告一方；假如不被淹死，则证明无罪。那就处死原

告一方，同时把原告一方的财产没收归被告一方所有。这叫做交河神审判。

2.证据制度

法典第1条规定，如果自由民宣誓揭发自由民之罪，控告其杀人，而不能证实，揭发之人应被处以死刑。这里所规定的是诬告原坐制度，即如果所告不实，告发之人要承担自己所告发之罪责。

法典第5条规定，如果法官审理讼案，已经作出判决，而后来又变更其判决的，则应追究法官的擅改判决的责任，出之以相当于原案之起诉金额的12倍的罚金，该法官也将被撤销其法官职位。此乃最早的法官问责制。

法典第13条规定，如果自由民所提之证人不在近处，法官可予以六个月以内的期限；如果在六个月中不能领到证人，则此自由民将被定为说谎者，应当受到应得之刑罚。这是关于当事人提供相关人证的规定，其目的还是为了保障审判的公正和公平。

法典第115条规定，如果自由民对另一自由民享有债务权，并拘留了对方的人作为催要债务的人质，而作为人质的人因自身的原因死于拘留其为人质的家里，则此人质之死不能作为债务人提起刑事诉讼之依据。这显然是一条关于合法证据排除之规定。与第115条相类似的还有第250条关于牛于街道上，用牛角牴触死自由民，则此牛的牴触行为不足以作为起诉的依据。

（三）所有权制度

1.土地制度

巴比伦长期实行土地公有制，在法律上国王对全部土地具有最高所有权，在实际经济生活中，则存在王室土地和公社占有土地两种形式。前者分布的地区很广，主要集中在苏美尔地区，土地数量接近土地总量的50%。这种土地被分成许多地段，大部分交给纳贡人和奴隶

耕种，到期缴纳地租和剩余生产物，一部分赐予贵族、官吏和军人作为任或服役的报酬，寺庙、贵族和大臣得到土地往往享有不纳税、不服役的特权，而从国家获得的服役领地的军人则必须时刻为国王效劳，担负军役。这部分土地中，属于分配给王室服役人员的土地又分为两种情况：一种是可以转让和出卖的土地，包括祭司和商人的土地，根据该法典第40条规定，买者在买得土地的同时，必须承担附着在土地上的相应义务，买主必须接替卖主为王室服务。另一种是禁止买卖和转让的土地，主要是赐给军人，作为军人服兵役的报偿。

属于公社占有的土地，约占耕地面积的85%左右，其中的森林、牧场和池塘由公社成员集体占有，后来逐渐被少数祭司、长老等控制。公社的大部分土地分给各个农户耕种，条件是必须向国家缴纳赋税和担负劳役。

除了公有形式的土地，在巴比伦，也存在个人私有的土地，如部分社员在国家和公社所控制的土地以外开垦的荒地和国王赠与僧侣，高级官吏免除一切义务的土地等等。只是私有土地在王国经济中不起主导作用，其数量仅占全部土地的2%左右。法典也保护土地的私有。法典第39、42条至第47条、60条及第65、150、165、178、191条对此做了规定，允许私有土地和房屋的买卖、抵押、租赁、赠与和继承。如第150条规定，如果自由民以田园房屋或其他动产赠与其妻，而给她以盖章之文约，则其夫死后，其子女不得对她起诉，作任何要求；母亲得将其身后之物授予其所钟爱之子，唯不得以之授予其兄弟。以此避免财产由夫家转入其父家。第191条规定：如果自由民抚养所收养之幼儿，至其成家生子之后，欲将此养子逐出，则此子不应空手离去；抚养彼之父应就其财产中给他以继承份额的三分之一，而后他可以离去；但养父可以不以田园房屋于之。

2.动产制度

法典保护和承认动产的私有，并且竭力维护私有财产的所有权。该法典第7条、第15条至20条、第146条和第147条、第170条至176条、

第199条、第205条、第213条和第214条、第217条、第219条、第223条、第226条、第231条、第252条、第278条至第282条，这些条款对奴隶这一私有财产的买卖、侵害等做了详细的规定。[注]例如，第7条规定，自由民从自由民之子或自由民之奴隶买得或为之保管银或金，或奴隶，或女奴，或牛，或驴，或不论何物，而无证人及契约者，是为窃贼，应处死。第15条规定，自由民将宫廷之奴或婢，或因破产而依附于王家土地之人（穆什钦努）之奴或婢，带出城（宫）门外者，应处死。第19条规定，如果藏匿不说其主人的奴隶于其家而后来奴隶被破获，则此自由民应处死。第282条规定，如果奴隶告其主人云：‘你非吾之主人’，则此主人应证实其为自己的奴隶，而后期主人可以割掉该奴隶的耳朵以示惩戒。

除了奴隶之外，对于自由民其他动产的侵犯，同样要受到严厉的惩罚。法典第22条规定，自由民犯强盗罪而被被捕者，应处死。第23条接着规定，如强盗不能捕到，被劫者应予神前发誓，指明其所有失物，则盗劫发生地点或其周围之公社及长老，应赔偿其所失之物。这显然带有连坐或者连带责任的性质。

3.其他财产权利

法典第42条至第47条规定，自由民佃田以耕时，即使田不生谷，或农人未耕耘，或怠于耕耘，或因灾害而未曾获利，农人均须要以谷物交付田主或按约定支付佣金。这实质上是有关永佃权的规定，即法律保护出租人（土地所有者）获利的权利。

法典第53条至58条规定，如果自由民怠于巩固其田之堤堰，或者开启其渠放水，或者未经商议将羊饲养于他人之田，给他人田地造成损失的，均应以谷物赔偿。这种为实现自己土地的利益而使用他人土地的权利的限制性规定，已经具有了地役权的特性。

法典第49条至第52条就抵押做了具体之规定。第49条规定：“倘自由民从塔木卡取得银，而给塔木卡以适于耕种之谷物或芝麻田，而告

之云：‘田由君种之，田之所生谷或芝麻，务收割而自取之’，倘若〔塔木卡之〕农人于田植谷或芝麻，则收获之时，田中所生之谷及芝麻，应仅由田主取之，而以谷付塔木卡，以偿向彼借取之银及借银之利息，以及塔木卡所付耕田之费用。”这条是规定表明，如果一个人从塔木卡那里借了银子，他可以以一块播种过大麦或芝麻的田地作为抵押。第50和第51条则进一步规定，如果以已种的谷田或已种的芝麻田作抵押，当田中的谷物或芝麻成熟后，这些谷物或芝麻则可以由田主取得，而以银子偿还塔木卡的本息；如果借银之人没有银子偿还所借之银子，则可以谷物或芝麻，依照王室的规定之比价交付给塔木卡，以偿还其向塔木卡所借之银子和利息。而第66条则更为明确地规定：“倘自由民向塔木卡借银，塔木卡追索债款，而彼因无物可还，将其已培植之果园交与塔木卡，并告之云：‘请取园中之枣，以还你之银’，则此塔木卡不得同意。园中之枣仅由园主收取，并按照契约规定，偿还塔木卡之本银及其利息，园中剩余之枣仍归园主所有。”这是典型的一种为担保债务的履行而在债务人或其保证人的特定物之上设立的担保物权，其目的在于以债务人提供的担保物的价值，来担保债权的履行和实现。

（四）债权制度

法典规定的债的主要形式有两种：

1.契约之债

法典规定，重要契约的签订必须遵循一定的规则和采用书面形式，一般契约的缔结只用口头和作出某些象征性动作即可成立。

根据法典的规定，契约种类有买卖、财产租赁、保管、合伙、人身雇佣等，其中以财产租赁、信贷和买卖契约最为流行。

（1）买卖契约

法典把土地、房屋、牲畜及其他非禁止流转的财产均列为买卖对象，奴隶同样是买卖的对象。法典第278条至281条就奴隶买卖作了一些具体的规定。如第278条规定：“倘自由民购买奴婢，未满月而该奴即患癫痫，购买者得将其退还卖者而收回其所付之银。”第279条规定：“倘自由民因购买奴婢而涉讼，则诉讼仅由卖主负责。”

但是，法律保护一些有特殊身份之人的财产，对于他们财产的买卖则给予诸多的限制。法典第40条规定：“神妻（女巫）、塔木卡或负有其他义务之人，得出售其田园房屋，买者应担负与其所买田园房屋有关之义务。”这是负有条件的买卖契约，其以买者必须担负为王室提供服务义务为前提。

（2）租赁契约

法典对于土地、田园、房屋、牲畜、船舶等租赁契约作出了明确的规定。法典第42条至第47条、第60条、第78条、第242条至249条、第268条至277条等，分别对租金数额及交付方式、租赁物品损害之赔偿、承租人的责任、出租人的违约的法律后果作了规范。[注]法典第45条规定：“自由民以其田租与农人佃耕，并将收取其田的佃金，而后阿达得（涝灾）淹其田或洪水毁去其收获物，则损失仅应归之农人。”可见，承租人的义务要重于出租人。可是，在法典第46条则又进一步规定：“倘彼非收取佃金，而系按收成的二分之一或三分之一出租田地，则田中之谷物应由农人与田主按约定比例分之。”第47条再次规定：“倘农人于第一年劳动未曾获利，而云：‘我将为自己耕田’，则田主不得违反其意；其田只应由此农人耕作，至收获时依契约收取谷物。”这里似乎又有条件地保护了土地出租人的利益。对于不是以收取佃金而是以田地的收成为标的的田地租赁，或者农人第一年租赁田地后未获利并且主动提出要求勿毁佃约，以图补偿的农人，给予了一定的保护。法典第78条则又对于房屋租赁中已交付租金的承租人给予了保护。该条规定：“倘居住房屋之自由民以全年之租金交与房主，而房

主于未满期前令房客迁出，则房主因迫使房客于未满期前迁出房屋，应丧失房屋与彼之银。”

法典还对于出租物的保管作出了明确的规定。第236条规定：“倘自由民以其船租与船工，船工不慎，致船沉没或毁坏，则船工应以船赔偿船主。”第245条规定：“倘自由民租牛，因不慎或殴打而致牛死亡，则彼应以牛还牛，赔偿牛之主人。”

法典第268条至第277条还明确规定了租赁的价格。如第268条规定，自由民租牛打谷，其租金为谷20卡；租驴打谷，其租金为谷10卡；租羔羊打谷，其租金为谷1卡；租牛、车辆及赶车者，则每日租金为谷180卡；仅租车辆，其租金为谷40卡；租赁顺流之船舶，其租金为每日银三塞；租赁逆流之船舶，其租金则为每日银二又二分之一塞；租赁能容下60库鲁的船舶，其租金为每日银六分之一舍客勒。

可见，早在3000年前的古代西亚法典，就具有极其鲜明的实用性和明确性的特点。其较之我国目前的立法要实用、明确得多。这个优秀的传统为后来欧洲法典所继承。

（3）借贷契约

在巴比伦的社会商业活动中借贷契约很发达，社会上最大的放贷人是神庙和商人塔木卡，他们都是古巴比伦社会中的最重要的高利贷者。他们借贷的对象主要是金银和谷物。其基本的运作方式是：契约签订后，贷与人吧金银火谷物交给借用人，到一定期限，借用人将谷物或金银附以利息返还贷与人。

在《汉姆拉比法典》中，以35条之条款规范了塔木卡的高利贷行为。其主要内容包括：

①废除借用者终身奴役。

在汉姆拉比以前，借用人以人身作担保，高利贷者可终身奴役借用人，欠债的农民、小手工业者因无力还债而纷纷破产，沦为债奴。汉姆拉比为了缓和社会矛盾，在《汉姆拉比法典》中，明令宣布废除

终身奴役的办法，第117条规定，债务人家属因无力偿债而受到奴役不得超过三年，至第四年应恢复其自由。第116条规定，债务人的家属（人质）在高利贷者家中作工，不得随意殴打、虐待或杀死，如果人质遭殴打、虐待，死于债权人之家，则人质的主人应检举债权人之罪；如果被虐杀的是自由民之子，则应杀债权人之子；如果为自由民之奴隶，则债权人应赔偿三分之一明那，并丧失其全部贷款。

②限制借贷利率

法典对高利贷的借贷利率也进行了限制，第89条规定，借贷谷物的利率为百分之三十三又三分之一，银利为百分之二十；第90条规定，如果自由民借债，没有银还债，而仅有谷物，则在按照国王规定，商人仅应按照每一库鲁凡一百卡计算，取谷物以为利息。一库鲁为三百卡，即是说，如果债务人向商人举债所应偿还的利息，最多为债务总额的1/3。第91条又规定，如果商人不遵守上述之规定，在法定利息率之外，又提高利息而取之，则他将丧失其所贷付之物。

③限制借贷中的欺诈行为。

法典第94条规定，如果商人贷谷物或银，贷出之时，以不足重的秤计算银，以不足量之器计算谷物，而在收取利息时，则以超重之秤计算银两，以逾量之器计算谷物，此商人应丧失其所贷付之物。第95条确立了限制借贷利息的监察人（证人）制度，其规定：“倘塔木卡贷谷或银，定有利息，而监察人不再场，则彼应丧失其所贷付之物。”这说明，借贷必须要有证人在场。

④保护借贷人的利益。

法典第96条规定：“倘自由民从塔木卡借谷或银，而无谷或银以还债，但仅有〔其他动〕产，则彼得在证人之前将所有任何之物交还塔木卡，塔木卡不得拒绝，应接受之。”这说明，法律允许如果借用人没有谷物或银返还时，可以以其他财物替代，出借人不得拒绝，应予接受。

（4）其他契约

除了上述这些契约种类之外，法典还规定了其他一些契约形式：

①委托契约

委托契约，是指受托人与委托人之间约定受托人同意以委托人的名义办理委托事务的契约。法典第100条至107条对于委托契约作了规定。该契约所涉及的标的包括：银、谷物、羊毛、油或任何其他资财等的经营买卖行为。但是，根据法典的规定，受托人（沙马鲁，为塔木卡服务的行商）从事委托经营出售活动，其活动后果包括风险在内，均由受托人承担，而委托人（塔木卡）却不承担此风险。法典第100条和第103条规定，塔木卡以银交与沙马鲁经营买卖，如果沙马鲁使塔木卡委托的银获得了利润，则应结算沙马鲁从塔木卡处所取到的全部银额之利息，并将利息偿还给塔木卡；但是，如果沙马鲁在这次买卖中没有获得利润，则沙马鲁应将其从塔木卡处所取之银加倍偿还给塔木卡；如果塔木卡以银贷与沙马鲁而不计利息，因沙马鲁经营不善而遭受损失，则沙马鲁应将从塔木卡处取得的全部本金归还给塔木卡；如果沙马鲁所带货物于经商途中被强盗全部劫掠而去，只有沙马鲁向神发誓此被劫之事为真，方可以免除偿还本金之责任。可见，受托人（沙马鲁）在此所承担的是无限责任，且委托人（塔木卡）则不承担任何风险。这与现代意义上的委托契约有着本质的区别。

关于委托契约的程序，法典第104条至107条规定：如果塔木卡以谷物、羊毛、油或任何其他资财交与沙马鲁出售，则沙马鲁应结算银价，交还塔木卡，沙马鲁对其交付塔木卡之银应取一个盖章的文件；如果沙马鲁对其已经交付塔木卡之银之后，因疏忽大意而没有取盖有印章的文件，则此未给有盖章文件之银不算账，即无法律效力；如果沙马鲁从塔木卡处取得银后，在塔木卡面前坚不承认，则塔木卡应在神及证人面前证实沙马鲁领银之事，而沙马鲁应当按其所取之银三倍交还给塔木卡；如果沙马鲁已经将塔木卡所给之一切交还给塔木卡，而塔木卡不承认已经收到沙马鲁所给之物，则此时沙马鲁应在神及证

人面前揭发塔木卡，而塔木卡银都沙马鲁抵赖之故，应按他应当收回之全数，六倍偿还沙马鲁。可见，在古巴比伦时期，对于某些交易活动已有书面证据的要求，委托契约已经是一个要式契约，而非完全是口头或非要式契约。

②寄托契约

法典第120条至第125条对于寄托契约（也称保管契约）有着较为具体的规定。第120条规定：“倘自由民将其谷物交存于自由民之家，而藏谷发生缺少情事，或屋主开仓擅取谷物，或根本否认曾藏谷其家，则谷物之主人应对神宣誓，证明其谷物，此屋主应将所擅取之谷加倍交还谷物主人。”此条规定的是受寄人所应负的义务，包括有保管义务、禁止使用保管物义务、返还保管原物义务等。第121条规定，自由民寄存谷物于别人家，所寄存的谷物的报酬（寄存费用）按照每库鲁每年5卡交纳给受寄人。第122条和第123条规定了无论寄托保管任何物，都应当提出证人、订立契约，方可托交保管。第124条和第125条则规定了受寄人应付的法律责任，即如果自由民在证人面前将所要保管之物交给他人保藏，如果受寄人否认此事，则他应受到检举，并应加倍交还其所否认的替人保管之物；如果受寄人未尽保管义务，致其所保管之物遗失，则受寄人应赔偿财物主人所受到的损失，并且还负有追寻所遗失之物之责任；如果财物系被盗，他应从窃贼处索要回所失之财物。

③承揽契约

承揽契约是指承揽人按照定作人的指定，在完成一定的工作并将工作成果交付定作人后按照约定领取定作人支付的报酬的契约。在法典中规定了两种承揽契约：

A.房屋建筑契约

法典第228条至233条规定，建筑师为自由民建筑房屋完工后，此自由民应以建筑面积每35平方公尺计银2舍客勒的标准，对建筑师致送

报酬；如果建筑师为自由民建筑的房屋不牢固，导致其所建房屋倒毁，房主因而被致死，则此建筑师应处死；如果房主之子因房屋倒毁而致死，则应杀此建筑师之子；如果此房主之奴隶因房屋倒毁而致死，则此建筑师应对房主以奴还奴；如果因建筑师所建房屋倒毁而致使房主的财物遭受毁损，则建筑师应赔偿房主所毁损之全部财物，并且应自己出资重建倒毁之房屋；如果建筑师为自由民所建房屋不牢固，致使房屋的墙壁倒塌，则该建筑师应自己出资将倒塌的墙壁加以修缮。

B.加工定作契约

法典第234条和第235条规定，如果船工为自由民造船，船工应获得相应的报酬；如果船工为自由民造船而施工草率，致使船舶在制造出来的当年就发生漏水或者由其他缺陷，则船工应将此船拆毁并自费重造坚固之船，交还船主。

④医疗服务契约

法典第215条至225条对医疗服务做出了明确的规定。

A.医生获得报酬权

法典第215条至第217条和第221条至第223条规定，如果医生为自由民施行了手术治疗，而治愈了其病，应获得银十舍客勒的报酬；如果医生为穆什钦努（王室土地的依附者或外来人）治病，应获得银五舍客勒的报酬；如果医生为自由民之奴隶治病，奴隶之主人应给医生银二舍客勒的报酬；如果医生为自由民接骨，或者为自由民治愈了肿胀之疾，医生应获得银五舍客勒的报酬；而如果病者为穆什钦努之子，医生则应获得银三舍客勒的报酬；如果病者为自由民之奴隶，则奴隶之主人应给医生银二舍客勒的报酬。此六条规定，反映了古巴比伦社会人与人之间的不平等的事实，也反映了其奴隶制社会的特征。

B.医生的责任风险

法典第218条至第220条及第224条、第225条规定，如果医生为自由民施行手术治疗而致使自由民死亡，或者在为自由民治疗眼疾时损毁了自由民的眼睛，则应断其指；如果为穆什钦努医眼而损其眼者，应赔偿穆什钦努银一明那；如果治死了穆什钦努之奴隶，应以奴还奴；如果医生子啊给奴隶治疗眼疾时损毁了奴隶的眼睛，医生则应赔偿此奴隶买价之一半；如果牛医或羊医为牛或者羊施行手术治疗，治愈了牛或者羊的病，则应获得银六分之一舍客勒的报酬；如果手术致牛或羊于死亡，则医生应赔偿牛或羊的主人原买价之四分之一。

除了上述的契约形式之外，法典还规定了理发服务等契约形式。

2.侵权之债

对于侵权之债的规定同样是法典中一个非常重要的内容，因为，那时的人们已经认识到，在已经出现了国家的前提下，国家就负有了保护人身和财产的责任。因而，通过国家机器让侵害人承担损害他人人身和财产的风险责任，以填补受害人财产利益的损失，较之用原始的同态复仇的方式来惩罚侵害人，对于受害者和社会来说，要文明和划算得多。用同态复仇的方式只能为受害人出一时之气愤，而无法解决受害人因受害所遭受到的身体和财产的损失，而在社会已经发展到以财富的多寡作为衡量一个人的社会价值与地位，并且把尽量地获取经济利益当做人类维持其最基本的生活状态的根本保障的时候，受害人所受到的经济赔偿或者补偿，要比使用同态复仇的方式所得到的实惠和现实需求要多得多。因而，法典中便出现了多条有关侵权损害赔偿的规定。

（1）侵害财产之侵权行为

法典第53条至59条规定了对于财产侵权行为的责任形式。第53条至第56条规定，如果自由民怠于加固其田地之堤堰，致使堤堰破裂，水淹公社的耕地，该导致堤堰发生破裂的自由民应赔偿因堤堰破裂所毁损之谷物；如果自由民无力赔偿谷物，应将其动产出卖，出卖所得银应分配给因水患而导致谷物受损之人；如果自由民因开渠不慎而水

淹其邻人之田，则其应以谷物予以赔偿；如果自由民放水，水淹其邻人业已播种之田，则该自由民应按一布耳凡十库鲁之额，赔偿邻人谷物。这里既规定了因过错（怠于加固堤堰）或过失（开渠不慎）侵权行为，也规定了间接故意（放水水淹邻人已播种之田）的侵权行为。而且根据不同之情况，规定了不同的赔偿标准和方法。这可以被认为是世界上最早的有关财产侵权责任的规定。

法典第57条和第58条规定，如果放牧之人在未与田主商议放羊吃草之事，而将羊放牧到田主的田中牧羊，田主应收割放牧者的田里的谷物，不通知田主而擅自放羊于田主之田的牧人，按每一布耳凡二十库鲁之额，以谷赔偿田主；如果牧羊人在未通知田主人的情况下仍然纵羊并饲羊于田主人之田，则牧人有责任看守住其饲羊之田不再遭到他所放牧之养的侵害，并且在谷物收获时以每一布耳凡六十库鲁之额，赔偿田主。这里明确规定了侵权人故意侵权行为（未经田主同意擅自牧羊于田主之田）所应当承担的责任。

（2）侵害人身之侵权行为

法典第195条至214条，规定了因殴打而引发的侵权责任。其中第195条至第197条和第200条、第210条，以同态复仇的原则规定了因殴打致他人伤残而应承担的责任。如规定，如果儿子殴打其父，应断其指；如果自由民损毁自由民之子之眼，则应毁殴打之人之眼；如果折断自由民之骨，应折断打人者的骨头；如果自由民击落其他自由民的牙齿，应击落他的牙齿。

第198条、第199条、第201条、第203条、第204条、第206条至第209条、第211条至第214条规定了实施侵权行为的当事人应承担的金钱赔偿责任。如规定，如果自由民之子殴打与之同等地位的自由民之子，应赔偿银一明那；如果穆什钦努殴打穆什钦努之脸颊，应赔偿银十舍客勒；如果自由民殴打自由民并使之受伤，此打伤人的自由民应发誓我并非故意要伤害他，并赔偿医药费；如果被殴打之人被打死，

打死人者应宣誓，如果死者为自由民之子，应赔偿银二分之一明那，如果死者为穆什钦努之子，则应赔偿三分之一明那。

从这些条文中可以看出，这些条文仅仅描述了侵害行为的状况，而并没有与前述的侵害财产之侵权行为那样，认定行为人的主观意图是故意还是过失，仅强调了损害他人人身利益所必须承担的责任，可见，这些侵害人身的侵权责任的归责原则是以严格责任为主旨的，这可能是由于当时法学理论的欠缺，也可能反映出了汉姆拉比时代古代西亚地区对于侵害人身的侵权行为所造成的人身伤害的重视程度，以及当时社会和国家对于人的重视，因为，在冷兵器时代，特别是反映了在以游牧之特性而称雄于西亚地区的汉姆拉比王朝时期，对于保存健壮的劳动力和能够冲锋陷阵的战士的重视和倚重。因此，无论出于故意或者过失，只要造成了身体损害，侵权者就应当承担侵权责任。

当然，作为3000多年前反映奴隶制社会状况的奴隶制法典，其间自然也保留了许多奴隶制的特征。例如，法典第202条规定，如果自由民打地位较高者之脸颊，应于集会中以牛皮鞭打他六十下；第205条规定，如果自由民之奴隶殴打自由民之子之脸颊，则应割其一耳。同时，还规定了同样的侵权行为由于所殴打 的对象的社会地位不同，所赔偿的数额也不一样，例如，第209条和第211条及第213条规定，如果如果自由民殴打已经怀孕的自由民之女，致使此女堕胎，因造成此女堕胎，应赔偿银十舍客勒；但是，如果被殴打的是穆什钦努之女，同样致其堕胎，则只赔偿银五舍客勒；如果被殴打的是自由民之女奴，并致其堕胎，则仅需赔偿二舍客勒。这也反映了当时社会上的不平等。但是，这在当时的社会应当是不足为怪且能够得到人们理解和接受的，因为，当时人类的文明程度还没有发达到我们今天这样的高度，这样的立法和立法理念符合当时人们的基本道德和社会准则，是广大的人民所能够接受的。我们绝对不能用已经距离当时3000多年之后的今天的思想和理念去理解和解释甚至去蔑视、指责、严苛那时的人们，那是一种不尊重历史、不科学的思潮和理念，它会将我们的研究引入歧途。如果用这种理念和世界观、方法论去研究、评析当时的

社会现象而得出结论，其结论必然是扭曲甚至是可笑的，其性质应当属于伪科学。用历史的、客观的，而非从功利性和政治性的角度去研究、看待已经过去的历史，才应当是我们研究问题的正确的方法。

（五）婚姻家庭与继承制度

1.婚姻成立的要件

在巴比伦，婚姻是按照契约方式进行的，没有契约的婚姻被认为无效。法典第128条规定："倘自由民娶妻而未订契约，则此妇非其妻。"如果婚约已经签订，即使女方还留在父亲那里，也不能再嫁给别人。例如，法典第130条规定："倘自由民强奸尚未接触其夫而仍居其父家的自由民之妻而被获者，此自由民应处死，此妇免究。"可见，如果男女双方已经订立婚约，即使女方还居住在其父家中，其女与订立婚约的男子之间的婚姻依然有效，如果有谁破坏了这种关系，要受到极其严厉的惩罚。这是对已有婚约的婚姻关系的法律保护。

男女双方婚约的订立，由男方和女方父母商议并决定。法典第159条和第160条规定，未婚夫要携带一份聘礼到岳父家，以证明双方签订婚约的严肃态度以及作为保证履行契约的一种手段；同时未婚夫还要向岳父家交出一笔聘金，以购买妻的身份。如果在交付聘金之后，未婚夫又去见了其他妇女，并向已经交付聘金的岳父说："我不娶你之女"，则女子的父亲可以占有其女婿送来的一切财物；假如未婚妻的父亲在收到自己女儿的未婚夫的聘礼和聘金后对女儿的未婚夫说："我不将吾女给你"，则他应当加倍偿还自己所得到的一切财物。

2.夫妻关系

法典第138条至第140条规定，如果自由民离弃其未为之生子之妻，则应给她以相当于其聘金（四至六十舍客勒之间）数额之银，并将其从父家带来之嫁妆归还，然后可以离弃之；如无聘金，则夫应给她银一明那，作为离婚费；如果妻的身份为穆什钦努，则应给她银三

分之一明那。第143条规定："倘若妻不贞洁而常他往，使其家破产，其夫蒙羞，则此妇应投于水。"第144条至第147条都规定了如果自由民之妻未能给自由民生育子女的情况下，其妻的地位问题，其基本原则是：可以给其夫纳妾，但是，明确规定女奴不得被自由民纳为妾，其身份仍是女奴，只是不得将已经生育的女奴随意出卖而已；而如果女奴没有生子，则可以被出卖。这些规定都表明了在古巴比伦社会中，夫妻的地位是不平等的。

但是，法典也对夫妻关系作出了一些保护性规定。例如，第148条和第149条规定，如果自由民的妻子得了慢性疾病，即使想再娶也不得离弃患病之妻，他应赡养她，以终其生；如果妻不愿意居住在夫家，则其夫应将她从父家带来的嫁妆归还于她，并让她离去回到其父家。法典第155条和第156条规定，如果自由民为自己儿子娶妻，其子已经与其妻发生关系，此后他自己奸淫了此女，则应将此自由民捆缚而投之于水；如果在其子尚未与其子发生关系之前自由民奸淫了此女，则应赔偿此女银三分之一明那，并归还她从家里带来的一切财物，而后她可以嫁与任何喜爱她之人。之所以法典有如此之规定，是因为在巴比伦，对女子结婚之前与男子有性行为并不属于被禁止之列，而在女人结婚之后则再也不许有任何越轨行为，必须忠贞于夫。第129条规定："倘自由民之妻与其他男人同寝而被捕，则应捆缚此二人而投之于河。"第132条规定："倘自由民之妻因其他男人而被指谪，而她并未被破获有与其他男子同寝之事，则她因其夫故，应投入于河。"这里的"投入于河"，是指交付河神审判其是否有罪。第143条规定：如果妻子不贞而经常他往，使其夫家破产，其夫蒙羞，则此妇应投于水。

3.父母与子女关系

在古巴比伦，男子对妻子儿女有绝对的权威。只有在其对妇女和孩子实施性犯罪的人，尤其是有乱伦行为发生时，此人才将受到严惩。如法典第154条规定："倘自由民淫其女，则应将此自由民逐出公社。"第155条和第156条则规定了儿子的父亲奸淫了儿媳妇所应当承担

的法律责任。第157条规定，如果自由民在其父死后奸淫其母者，则两人均处焚刑。第195条规定，如果儿子殴打其父，则应断其指。

法典对于收养关系，法典第185条至第193条作了专门性的规定。第185条、第187条和第188条规定，凡属于自由民收养被遗弃之幼儿为子，并将其抚养成人；服役于宫廷之人和神妓（官妓）的养子；手工业者收养幼儿为子，并以其手艺教之，这三种情况的，任何人均不得请求归还此养子。这三条是对于收养关系的保护性规定，其目的在于保证正常、合法的收养关系。但是，第186条、第189条、第190条和第191条则规定，凡是属于在自由民收养幼儿为子，在收养之时，幼儿已经能够辨认其父母者；手工业者收养幼儿为子而并未以其手艺教之；自由民未将其收养之幼儿视同自己之子女；自由民要将已经抚养成人且已成家的养子逐出家门，前三种情况的，此养子得归还其父之家，后一种情况，养父应将其财产中的三分之一份额让其继承，养子才可以离开养父家，养子不得空手离开养父家。这四条是对于收养幼儿者的义务方面的规定，其目的在于保证被收养者的权益。此外，第192条和第193条规定，如果养子在长大成人后不尊敬或不认其养父母，应受到割舌之刑；如果养子憎恶抚养人，擅自抛弃养父母回到其生父家中，其应被割去一眼以示惩戒。这两条规定，主要是维护收养人的权益。

4.离婚

在古巴比伦社会，丈夫可以任意提出离婚，但是，如果妻子没有品行不端，离婚时丈夫必须退还妻子从父家带来的所有财产。法典第138条、第139条和第140条规定，如果自由民离弃未为之生子之元配，则应退还相当于其聘金数额之银，并归还其从父家带来的嫁妆，而后方可离弃之；如果结婚没有聘金，则应给妻银一明那，作为离婚费；如果妻为穆什钦努，则应给她银三分之一明那。而根据第141条之规定，如果自由民之妻主动离开其夫家，处事浪费，致使其夫家破产，其夫蒙羞，其夫可以离弃她，在其离开夫家时，其夫可以不给她任何

离婚费；如果其夫不离弃她，则可以另娶他人，而让其前妻作为女奴留居夫家。这是对于对夫家不贤之妻的处理。但是，根据第148条之规定，如果妻得了慢性疾病，不允许男方提出离婚，即禁止丈夫随意遗弃患病的妻子。

妻子也可以提出离婚的请求，只是必须具备有法律作出明确规定之法定要件。法典第131条规定，如果自由民之妻被其丈夫发誓诬陷，而并未发现她与其他男人同寝的证据，则她应当对神宣誓表明自己并没有任何出轨之事，则此妇可以回到其父家。第136条规定，如果自由民离弃其所在的公社而逃亡，而后其妻入于他人之家，则其妻就不能再回到因逃亡而离开公社的自由民家中。第142条和第143条规定，如果妻子憎恶丈夫，而告诉丈夫说："你不要占有我"，应在他们家的邻居里调查核实此事，如果能够证明她贞洁无过，而是其经常不在家，且对她凌辱备至，则此妇可以在取得其嫁妆后，回归其父家；如果情况恰好相反，妻子有不贞洁之行为，且经常出去不归，使其夫家破产，其夫蒙羞，则此妇应投于水。这是对守妇道之妻和不守妇道之妻的完全不同的处理结果，反映了巴比伦社会的妇女已经拥有了有限的婚姻自主决定权。这具有很大的进步性。

此外，在法典中也反映出了古巴比伦时期的婚姻关系中的多妻制度仍然受到法律的保护。法典第144条至第149条规定了纳妾的前提及条件：自由民之妻子不育或患有疾病。根据这几条的规定，如果自由民之妻不育，自由民之妻主动给夫以女奴，此女奴生有子女，则此女奴不得为此自由民之妾；而如果是自由民自己纳妾生子，并将其带到家中，此妾与不育妻子不享有平等的地位；而由妻给夫挑选的生有子女的女奴自视与其女主人平等，女主人不得将其出卖，但可以给她加以奴隶之标记，将其列为其余女奴之列；如果女奴并未生子，则女主人可以将其出卖；如果自由民之妻患有慢性病，其夫可以另娶，但不能够遗弃病妻，应赡养之，直至其终；如果病妻愿意回其父家，她可以带走从其父家带来的嫁妆，离开夫家。这些规定反映了古巴比伦社

会对于有无后嗣看得很重，妻子能否为丈夫生育按，被作为丈夫能否再娶的法定依据。

5.继承

关于继承制度，法典第165条至第184条作了专门的规定。

（1）保护男子的继承权

第165条规定："倘自由民以田园房屋赠与其所喜爱之继承人，且给他以盖章之文书，则父死之后，兄弟分产之时，此子应取其父之赠物，此外诸兄弟仍应均分父家之财产。"第167条规定："倘自由民娶妻，妻为之生有子女，而后此妇死亡，妇死后彼又娶妻，妻亦生有子女，则后来父死时，诸子不应依母而分产；彼等应各取其母之嫁妆，而均分父之家产。"第168条和第169条规定："倘自由民欲逐其子，而告法官云：'我将逐吾子'，则法官应调查其事，如子犯有足以剥夺其继承权之重大罪过，则父不得剥夺其继承权。""倘子对父犯有足以剥夺其继承权之重大罪过，则法官应宽恕子之初犯；倘子再犯重大罪过，则父得剥夺其继承权。"这说明，在古巴比伦只有男子才享有平等的继承权，且男子的继承权不得被轻易剥夺，除非其屡次犯有重大之罪过。同时表明，当时的法律已经保护遗嘱继承的法律效力。

（2）保护寡妇和孤儿之利益

法典第171条和第172条规定，妻子在丈夫死后，有权享有自己原来的陪嫁物，并取得根据其夫所立之遗嘱确定的赠与孀妇之赡养费，并可居住在其夫之住宅至其终身，不得出卖，她身后归其子女所有；如果其夫未给孀妇赡养费，应归还其嫁妆，"并应就其夫家中家产中给以等于一个继承人之一份"；如果其子女虐待她，并想将其逐出家去，则应处罚其子，此妇也不应离开其夫家；如果此妇要离去，"则她应将其夫所给孀妇赡养费留给其子女，而取其父家之嫁妆，并可嫁与其所喜爱之丈夫"。可见，亡夫的妻子可以与子女平均继承遗产。

（3）保护被男性家长认可的女奴所生子女的权益

法典第170条和第171条规定规定：如果自由民之女奴为其生有子女，而在其在世之日，曾说此女奴所生之子为他的子女，那么，这些子女与其配偶所生子女地位相同；在他们的父亲死后，配偶之子女与女奴所生之子女应均分父之家产；只是，在分产时，配偶之子女得优先选取其应得之份；如果此自由民于生前没有说此女奴所生育的子女为他的子女，此自由民死后，女奴之子女不得与配偶之子女同分父之家产；但是，女奴及其子女应被解放为自由民，配偶之子女不得要求将女奴之子女变成奴隶。

（4）对于妾所生子女之继承权之特殊规定

法典第183条和第184条规定，如果自由民给予其妾所生之女以嫁妆，并为之择偶，立有盖章的文书，则此自由民死后，此妾所生之女，不得再从其父之家产中取得其份额；如果自由民在生前没有给其妾所生之女以嫁妆，且未为之择偶，则此自由民死后，此妾所生之女之同父异母的兄弟应在父家之家产中给她以嫁妆，并遣嫁之。

可见，就婚姻家庭制度而言，作为反映奴隶制时代的《汉姆拉比法典》，以大量条文规定了家长制的家庭关系，确认了奴隶制条件下男女地位的不平等和家长的家庭中的特权地位。但同时，也尽可能地规定了一些保护弱者的法律条文，体现了这部颁布于3000多年之前的法典的进步性。

（六）劳动报酬及责任事故的追究

依据法典第257条、第258条和第261条关于被自由民雇佣的劳动者报酬的规定，自由民雇佣耕田者，每年应给以八库鲁之谷物作为劳动报酬；雇佣赶牛者，则每年应给以六库鲁之谷物作为劳动报酬；雇佣放牧牛羊者，每年应给以八库鲁之谷物作为劳动报酬。

同时，法典也规定了被雇佣者的责任和义务。法典第263条、第264条、第265条、第267条规定，如果被雇佣放牧者丧失托其放牧之牛

或羊，则应以牛还牛、以羊还羊，偿还其主人；如果放牧牛羊之牧人，接受了雇主的雇佣金且表示满意，但是牛羊之数减少或者增值率减低了，则牧人应当按照约定交付给雇主应当增值的数额及其收入以补偿由于其工作之未尽职而使得雇主遭受的损失；如果为他人放牧牛羊之人不诚实，变换牛羊标记，或者擅自出卖牲口，则该牧人应当按其所盗窃之牛羊数十倍偿还其主人；如果因为牧人工作之疏漏而致使牲畜发生疾病，则牧人应对牲畜主人所遭受的损失以牛羊赔偿给主人。但是，如果牲口无故突然死亡或被狮子等大型动物吃掉，则牧人应对神讲明此事，牲畜的主人应对牧人予以宽恕。（第266条）

（七）奴隶买卖制度

法典第278条至第282条集中对于奴隶买卖制度予以了规定。法典规定，如果自由民购买奴婢，买后未满月而该奴隶患了严重的疾病，则购买者可以将其退还卖者并收回其所付之银；自由民因购买奴婢而涉诉，则诉讼由卖主负责；如果自由民在敌国买到本国自由民之奴隶，回国时，该奴婢为其原来的主人所辨识，此奴婢则应无偿予以解除其奴隶之身份而获得解放；如果自由民在敌国买到的是外国子女，则买者应对神说明其所已经付出的银，则此奴婢之原来的主人则可以以相应之银从原来买者的手里赎回其奴婢；如果被买回国内的奴隶度他的原来的主人说："你不是我的主人"，则此主人应以确凿之证据证实其为自己的奴隶，而后此奴隶的主人可以割掉他的耳朵以示惩罚。这些规定充分展示了汉姆拉比王时期，古巴比伦鲜明的奴隶制特色。

（八）犯罪与刑罚制度

《汉姆拉比法典》关于犯罪与刑罚的条款，多半附在其他法律部门条文之后，没有分立出来独立地形成一个部门。这是以《汉姆拉比法典》为代表的古代西亚地区法典不同于处于同样奴隶制社会的东方诸国法典的一个鲜明的特色，这与古代西亚地区的生活条件以及这一

地区商业和贸易活动较之东方诸国要频繁、发达得多有直接关系。在整部法典中，涉及民事、经贸方面的条款，几乎占据了全部法典的80%（共230条），而法典中涉及到刑事犯罪的条款仅有52个条款，这也是该法典能够被其之后的古代希腊、罗马时期乃至整个欧洲社会的法典所继承和发扬的十分重要的原因。

1.犯罪行为及其罪名

法典中涉及到许多刑事犯罪，主要的是侵犯人身、侵犯财产和侵犯家庭等方面的犯罪，而关于国事、宗教犯罪法典谈的极少，只有第110条和第109条提到“神妻或神姊不住于修道院中者，倘开设酒馆或进入酒馆饮西克拉，则此自由应焚死”，以及卖酒妇明知罪犯在自己店中，而卖酒妇不向官府报告，将其送之宫廷，则此卖酒妇应处死。这里所规定的是对于宗教犯罪和包庇、隐藏罪犯的犯罪的处罚。

在法典中规定的最多的是侵犯财产权利的犯罪，保护神庙和宫廷以及自由民之财产是法典的首要任务。在52条涉及刑事犯罪的条款中，涉及到保护财产的有13条，占到全部刑事犯罪条款的1/4，且这些条文基本上都集中在法典前30条之内。例如，窃取神庙和宫廷的财产处以死刑（第6条）；如果无证人或者契约来证明，自由民所得到的财物是从他人之处买得或或为之保管之财物，视为窃贼，应处死（第7条）；自由民如果窃取神庙或者宫廷的家畜、船舶的应科以三十倍之罚金，如窃贼无财物支付罚金，应处死（第8条）；如果买者没有买物时作证之证人，而仅有失去财物的人提出知道失去财物之事，则买者即为窃贼，应处死，失物之主应收回其所失之物（第10条）；但是，如果失物者不能找到知道其失物之证人，就证明失物者说谎，其犯有诬告罪，应处死（第11条）；自由民将宫廷之奴婢，或穆什钦努之奴婢擅自带出城，应处死（第15条）；如果自由民藏匿逃奴于其家，而不依命令将其交出，此家主应处死（第16条）；自由民犯有强盗罪应处死（第22条）；如果某人房屋失火，而前去救火的人见财起意，将房主的财产据为己有，则应把此人投于火中（第25条）。

法典中侵犯人身犯罪的有：儿子殴打父亲（第195条）；对人身造成伤害（第196条至第200条、第202条、第205条）；被殴打造成死亡（第207条）；使孕妇或胎儿毙命（第210条、第212条）；建筑师所建房屋倒塌以致压死房主或其儿子（第229条和第230条）。其中对人身伤害的规定仍然带有同态复仇的遗习，同时，其性质与民事侵权行为有某些重合。

法典中侵犯婚姻家庭的犯罪主要有：诬告妻子或神姊（第127条）；妻子不忠贞，行为放荡（第129条）；妻子杀夫（第153条）；父亲奸淫其女儿（第154条）；公爹奸淫儿媳妇（第155条）；儿子淫其母（第157条）；养子不认父母（第192条和第193条）。

可见，法典所规定的罪名主要有：盗窃罪、强盗罪、诬告罪、趁火打劫罪、杀人罪、伤害罪、责任事故罪、强奸罪、乱伦罪、不忠不孝罪等等。

2.刑罚的种类

法典列举了死刑、体刑、烙印、罚金、驱逐等刑种，其中死刑适用的范围较为广泛，由法典直接规定处死的就有三十多条，而且处罚手段包括溺死、烧死、刺死、绞死等。其中的驱逐刑是指从出生地或出生的家族中赶出去，对于对直系尊卑亲属间的乱伦行为给予驱逐的制裁。这在当时经济不发达，人类对社村、家族还有极大 依赖性的条件下，这种处罚被视为一种非常严厉的处罚，因为，一旦被驱逐出村社，就可能意味着被驱逐者无法生存而面临死亡的威胁。

3.刑罚的特点

法典还反映了奴隶社会固有的一些特征。比如，刑罚的轻与重除了与罪行的轻重有关外，还与犯罪者和受害者的身份、社会地位密切相关。如果受害人是自由民，刑罚较重；如果受害者是穆什钦努则刑罚较轻；如果是自由民之间的侵害，则以赔偿为主（第203条），自由民伤害了彼自己地位较高的自由民的脸颊，则应当众被鞭打六十下

（第202条）；如果是奴隶打了自由民的面颊，则要“割其一耳”（第205条）。充分反映了法典的不平等性。

此外，法典还认可、保留、改造了某些原始社会的习惯。比如，法典第23条规定，如果在村社范围内发生抢劫，而强盗逃跑不能捕到时，村社和长老应“赔偿其所失之物”；父母犯罪，其子女应担负责任（第210条和第230条）。这里显然带有血亲复仇的痕迹。再比如，法典第196条规定，如自由民损害他人的眼睛，则“应毁其眼”；第197条规定，如果自由民折断自由民的骨头，也要折断其骨；第200条规定，击落同等自由民的牙齿，同样应“击落其齿”。这些条款表明法典对于原始习惯中同态复仇原则的继承和保留。

四、法典的基本特点

（一）继承性

《汉姆拉比法典》对于该法典出现之前苏美尔地区主要法典的精髓及其内容进行了大量的继承和接受。据作者不完全统计，在作者能够掌握的现有的文献中，法典与其之前的《苏美尔法典》、《苏美尔亲属法》、《俾拉拉马法典》和《李必特伊丝达法典》中的条文和内容相似甚至完全一致的条文至少有30条之多，例如，法典之序言就是直接继承和学习了《乌尔纳姆法典》、《李必特伊丝达法典》之序言的做法和叙述的方式及口气。法典第196条至第214条与《俾拉拉马法典》第42条至47条之规定，其立法内容、方法极其相似，前者仅是对于后者的扩大和改造。法典第251条和第252条即完全是对于《俾拉拉马法典》第54条及第55条的继承。

（二）综合性

法典是集刑事、所有权、契约、侵权、婚姻家庭、劳动、商业、诉讼程序、奴隶地位等内容为一体的一部综合性法典。虽然其中以民事、商业为其主要内容，但是，其综合性的特征还是不容置疑的。其本质上是一部汉姆拉比时代的司法判决的汇编，其主要的条款均来自于对于各类案件的判决，他所调整的是当时的社会关系，是针对当时社会存在的实际问题而编制的。㊟

（三）阶级性

正如前文所述，法典充分反映了古巴比伦社会的阶级压迫和不平等现象。它吧巴比伦的居民分为国王、自由民、半自由民、奴隶等多个等级，并且对奴隶主、自由民、奴隶有着不同的规定，同样一个伤害行为，只是因为受害者或者侵害者的社会地位和所属的阶级不同，就会有完全不同的处罚后果，如果自由民损毁任何自由民之子之眼，则应毁其眼（第196条）；而如果被弄瞎眼睛的是奴隶，则仅需赔偿其买价之一半（第199条）；奴隶如果不承认他的主人，只要主人拿出他是自己奴隶的证明，这个奴隶就要被割去双耳（第282条）。法典甚至规定，奴隶打了自由民的嘴巴也要处以割耳的刑罚（第205条）；自由民盗窃了神庙或者王宫的财产，要被处死，就连收受其赃物者也要被处死（第6条）。可见，其阶级性的特征表现得还是淋漓尽致的。

（四）局限性

1.法典具有明显的阶级性，极力维护统治阶级及富有者的利益，体现了社会不公，并激化了阶级矛盾。

如法典第8条规定：“自由民窃取牛、羊、驴、猪或船舶，倘此为神之所有物，则应被科以30倍罚金，倘此为穆什金努所有，则应科以10倍罚金；倘窃贼误以为偿，则应处死。”说明当时的社会阶级地位的高低贵贱之别，体现了法典是为统治阶服务的。

2.法典严格保护奴隶主贵族对奴隶的所有权。在当时社会下，这一规定严重限制了另一部分人的发展，阻碍了社会的进步。对于奴隶主来说，手中那些没有自由没有公平的奴隶仅仅是象征其财富的物品，严重的践踏了人权。如，法典第2条规定：“倘自由民在敌国买到自由民的奴隶，回国时，奴隶为其原主辨识，如此奴隶为本国子女，则无偿应与释放。”

3.汉谟拉比法典用刑极为残酷，同时保留着同态复仇法和私刑制的残余。如第197条规定：“倘彼折断自由民之子之骨，则应折其骨。”就反映了这一点。

4.法典带有明显的迷信色彩，保留着凭神发誓和神明裁判宗教等迷信成分，不利于社会的稳定和社会的正常发展。

5.法典明确维护父权家长制，维护父权，造成了父子、夫妻关系的不平等状态，对后世产生了不良影响。

（五）残酷性

为了巩固奴隶主的统治，法典还规定了一些更严厉的条款：逃避兵役的人一律处死；破坏桥梁水利的人将受到严厉处罚直到处死；帮助奴隶逃跑或藏匿逃亡奴隶，都要处死；如果违法的人在酒店进行密谋，店主如果不把这些人捉起来，卖酒人也要被处死。

（六）原始性

在巴比伦社会中，除了奴隶主和奴隶，还有自由民。这部法典的很多条文是用来处理自由民的内部关系的。处理的原则就是“以牙抵牙，以眼还眼”。比如，两个自由民打架，一个人被打瞎了一只眼睛，对方就要同样被打瞎一只眼睛作为赔偿；被人打断了腿，也要把对方的腿打断；被人打掉牙齿，就要敲掉对方的牙齿。甚至有这样的规

定：如果房屋倒塌，压死了房主的儿子。那末，建造这所房屋的人得拿自己的儿子抵命。

（七）进步性

1.法典明确保护私有财产，竭力维护统治秩序，有利于社会稳定。经济发展，推动了社会进程。

2.法典一定程度上限制了贵族的横行不法，有利于缓和紧张的社会矛盾，巩固了统治秩序。

3.法典的颁布清除了司法混乱，打击了地方割据势力，巩固了国家的统一。

4.法典注重对孤寡的保护，限制高利贷。固定利益，并把债务奴隶制的期限缩短为3年，保护了生产力，限制了借贷利率，调节了自由民内部的关系，安定了社会秩序，减少了纠纷，有利于社会的发展与进步。

（八）实用性

从我们以上的论述中我们可以看到，距今已有3000多年的古代西亚地区的奴隶制立法，已经具有鲜明的实用性和明确性的特性，该特性为千年之后的欧美各国的立法者所继承和接受。我们知道，法条的不明确、模糊、不确定是构建法治社会极大的障碍和负能量。在一个自称“法治国家”里，是不得以所谓“时机不成熟、条件不具备”为借口，而制造一些模棱两可、含糊不清的垃圾法典或者法律的，如果这样做了就不得不让人们要去质疑这个国家统治者的治国理念和立法的宗旨与出发点，或者去追究这个国家立法机关的业务水平和惰政之责了。

五、法典的地位和影响

《汉姆拉比法典》在古代西亚奴隶制法制的发展历程中占有着重要的地位。它吸取了以前苏美尔·阿卡德时代各国法律中的精华，反映出高度发展的奴隶制法制的最高水平。

正是依靠这部法典，汉姆拉比时代的巴比伦社会，成为古代东方奴隶制国家中统治最严密的国家。它所包含的有关契约、债权、损害赔偿等方面的先进理念和条文，是其他早期奴隶制国家的立法所不能比拟的，它对于亚述、赫梯、新巴比伦、波斯等国的成文法产生过重大的影响，这些国家的立法都不同程度地参照了这部法典。亚述法和希伯来人的摩西法律更是导源于该部法典。[注]

正是依靠这部法典，汉姆拉比时代的巴比伦社会成为古代奴隶制国家中统治最为严密的国家。从某种意义上来说，法典照亮了当时的美索不达米亚平原，也照亮了后世的法治之路。后世所尊崇的所谓契约精神、侵权损害赔偿制度等等所谓现代民法的基本组成和制度体系，如果要追寻其根源，都离不开发端于距今已经3000多年的古代西亚地区的法律文明。

正是有鉴于《汉姆拉比法典》在世界法制史上的重要的地位及其对于后世的巨大的影响，才促使本书的作者用了较大的篇幅对该法典作了较为详细的研究和解剖，其目的是为了使读者更加清楚地了解世界法治发展历程的延续性和继承性，进而理解人类文明发展的不可间断性和不可割裂性，从而能够从整体上把握人类法治文明演进的脉络和途径，更好地理解世界当代法治文明的渊源及其发展的未来的趋势与走向。

---

1. 《汉姆拉比法典》的条文均见于法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第17—50页。以下不再标注。

2. 魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第135页。
3. 魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第145页。
4. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第5页。
5. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第6页。

第三节
中亚述法典

一、亚述国家的产生与发展

（一）古巴比伦王国的衰亡

虽然汉姆拉比用种种办法巩固他的政权，但他的统治并不稳固。他死后不久，在他的继任者萨姆苏伊鲁纳统治时期，南部两河流域发生了暴动，一些城市被占领。社会内部又有反债务奴役的斗争。国王在一件书简中说：国中混乱了，他不得不宣布豁免移居者到期应付的事务租金，毁掉记录有军曹、自由民和士兵所欠债务的泥板。到公元前16世纪左右，曾经完成了统一整个两河流域的古巴比伦王朝在内外交困中日渐衰落，原本已经统一的两河流域又重新出现了各邦互相争夺的局面，而四周的游牧部族，又纷纷侵入两河流域。

公元前16世纪中叶，北方新兴的奴隶制国家赫梯对巴比伦进行了掠夺性的袭击，灭古巴比伦第一王朝，但不久赫梯便退回去了。这时南方伊新城的伊路买尔建立了第一海国王朝，亦称巴比伦第二王朝，并占据巴比伦城。约公元前1530年，原来居住在底格里斯河以东山区的半农半牧的加喜特人，灭了海国王朝，并统治两河流域近四百年之久，史称加喜特王朝，即巴比伦第三王朝（约公元前1530—公元前1157）。

加喜特人统治下的巴比伦仍旧是一个奴隶制国家。后该王朝被亚述和埃兰所灭，代之而起的是巴比伦第四王朝（亦称伊新第二王朝）。巴比伦第四王朝曾一度战胜亚述、埃兰，但未能改变地方分裂

割据的局面，也未能抵御住阿拉米亚人的入侵，公元前729年，终于为拥有当时最优良的军事体制和技术的强大的亚述帝国所灭，亚述帝国的国王提格拉特帕拉沙尔三世（公元前746—公元前727年）自称巴比伦之王。至公元前7世纪的亚述巴尼拔国王统治时期（公元前668—公元前627年），亚述帝国的版图达到了空前未有的程度，它拥有全部的两河流域、埃兰、叙利亚、巴勒斯坦以及埃及北部地区，成为一个地跨亚非的超级庞大的帝国。但亚述巴尼拔死后仅14年之后，在迦勒底人和米底人的联合打击之下，亚述帝国瓦解，残存于其他各地的亚述人势力，不久也归于消灭。历史上曾经显赫一时的亚述帝国自此从地球上消失。但是，它所遗留下来的法治文明的硕果——《中亚述法典》却在人类法治文明史上闪烁着不灭的光辉。

（二）亚述奴隶制国家的产生与发展

亚述（Assyria）是古代西亚的一个奴隶制国家。古代亚述的本部，位于现代伊拉克北部沿底格里斯河上游的一小块区域。其早期区域是，东至扎格罗斯山，西北至马希奥斯山，西与辽阔的叙利亚——美索不达米亚草原接壤，南临下扎布河，北接亚美尼亚高原。这里的居民主要从事畜牧业，每逢春夏之交，由于积雪融化，上扎布河水量充沛，这时河谷地区也比较适合农业耕作。

底格里斯河上游河谷四通八达，向南沿底格里斯河到波斯湾，向东沿各河河谷到伊朗高原，向北则经过山道进入南高加索地区，向西沿底格里斯河进入叙利亚与小亚细亚，从这路可以到达腓尼基沿海的各个城市。因而，这里在商业上处于十分有利的地位。

在公元前5000年至公元前4000年间，苏巴利亚人就居住在亚述的这片土地上。这些向来居住在西亚细亚北部的种族，在语言、外貌、文化水平上，同美索不达米亚和叙利亚的胡里特人、南高加索地区的乌拉尔图人、底格里斯河以东山区的部落人都非常接近。

大约在公元前2600年左右，属于阿卡德的闪族部落来到这里定居，他们构筑了亚述城，被人们称为亚述人。亚述人也自此得名。此后，亚述逐渐形成了雄踞西亚的奴隶制国家，其存在长达1400年。

自公元前十九到公元前十八世纪，亚述逐渐发展成为王国，其版图南及阿卡德，西达地中海。不久遭外族入侵，国势削弱。公元前十五世纪复兴，建立君主专制，向外扩张，北进亚美尼亚，以至黑海沿岸，西侵叙利亚和腓尼基，南至巴比伦。公元前十一世纪受外族进攻，再度衰落。公元前十世纪，又再兴起。公元前八世纪中到前七世纪七十年代新亚述时期版图北起乌拉尔图，东南兼及埃兰，西抵地中海岸，西南到埃及北界，建都尼尼微，形成西亚古代军事强国。公元前七世纪中叶后，由于统治集团内讧和被征服地区人民反抗，国势渐衰。公元前612年，为新巴比伦和米底联军灭亡。由于它的主神、首都和宗教圣城称作阿淑尔而得名。境内农业发达，盛产各种金属，且地处古代西亚各国主要商路之上，战略地位十分重要，这对其以后发展为地跨亚非两洲的奴隶制大帝国，具有重要意义。

亚述国家的历史，一般分为古亚述（公元前三千年代末—公元前16世纪）、中亚述（公元前15世纪—公元前9世纪）和新亚述（公元前8世纪—公元前7世纪）三个阶段。至新亚述时期，亚述建立起强大的军事帝国。

公元前三千年代末二千年代初，在南部两河流域走向统一的奴隶制专制王国时代，两河流域北部以亚述城为中心，逐渐形成了以塞姆人为主的奴隶制城邦。最初亚述城邦是个贵族寡头共和国，国家大权均掌握在长老会议手里，其首领称“伊沙库”，或称“鲁巴乌”，掌管宗教、公共建筑，召集长老会议。另外还有一名“名年官”，号为“里木”，管理财政，一年一任，抽签选出，土地为公社所有，定期分配给大家族使用，很少买卖。亚述的奴隶较少，社会主要劳动者为承担公社义务的自由民。因而，中介贸易对于亚述的社会发展具有重要的意

义，部分贵族和商人从事商业和高利贷活动而致富。约公元前2000至公元前1000年间，奴隶制大地产逐渐形成。

亚述城位于底格里斯河西岸，距离西亚的主要交通线很近，是西亚重要的商业中心之一，也是战略要地。城邦境内有广大的牧场，有木、石、铜等原料，并邻接小亚东北部的铜铁产地。亚述商人很早就在小亚东部、叙利亚东北部等地建立商业殖民据点，这些据点是自治组织，不是独立国家，政治组织与母邦相似，实权操纵在贵族手里。殖民地商人从国外买进奴隶或对殖民地土著放债，而后加以奴役。

在阿卡德时代和乌尔第三王朝时期，亚述臣属于南部。至国王沙姆希·阿达德一世（公元前1813—公元前1781年）时强大起来，并开始向外扩张，势力曾达地中海东岸。沙姆希·阿达德自称“天下之王”。但在其死后，古巴比伦强大起来，亚述遭到严重的打击。至公元前16世纪，来自伊朗高原西北部的胡里特人在两河流域北部建立起来丹尼王国，控制了亚述。从此，亚述处于半独立状态，古亚述时期至此宣告结束。

公元前1400年左右，米丹尼遭到赫梯沉重打击后趋于衰落，亚述乘机独立，开始了中亚述时期。此后，亚述王权加强，长老会议失去作用，其政体由贵族寡头共和制过渡到君主专制。到了公元前13世纪前半期，正当赫梯人与埃及人斗争激烈之时，亚述灭掉了米丹尼。正是在这个时期，在中亚述王朝产生了一部人类文明史上一个重要的遗产——《中亚述法典》。

二、中亚述的社会构成

在中亚述时期，亚述的社会成员比较复杂，有本地人与异邦人之分，也有自由民与奴隶之分，其中异邦人占有较大的比例，他们多是战争的俘虏或者平民，也有被他国放逐者和手工艺人，他们被迫放弃

原来的职业，从事建筑、农业等劳作，成为了中亚述社会中的所谓半自由人；除了异邦人之外，随着社会贫富差距的变化，妇女、妓女和普通村民均可能成为半自由民。这些人是组成中亚述社会的主要成员。因而，自由民、奴隶和半自由民便成为了中亚述社会的主要社会阶层。但是，这三个阶层之间的具体界限不是很明确，他们之间的身份会因财产的变化而随时发生变化，例如，一个自由民可能因为无法偿清到期的债务而沦为奴隶。但是，亚述人仍然是社会的主体力量，他们之间也存在着贫富分化，社会地位较高的亚述人与贫困的亚述人之间存在着受到法律保护的奴役关系，身为自由民的亚述人也可能因为欠债而沦为债奴被卖往国外，成为终身的奴隶。

而造成中亚述社会成员阶层的不稳定性的主要原因，就是长年的战争。亚述帝国是世界史上第一个可以称得起"军事帝国"的国家。帝国的历代诸王几乎都是在不断扩张征伐中度过的，而且其军事装备和体制的完备堪称是古代世界最发达的。特别是在其进入铁器时代之后，亚述军队就是以铁制武器装备，又有战车和骑兵，成为两河劲旅，所向披靡。而长年战争必然导致社会成员的不稳定性与复杂性，因为，战争导致军人的阵亡和大批战俘的涌入及使用，同时，由于战争的胜负也会造成被征服地域的不确定性，这就使得社会成员的身份比较混乱，他们的社会地位也会因为战争所造成的混乱而处于不断地变动之中，这种变动的结果使得整个社会的文明秩序被打乱，一个稳固的、长久持续的社会秩序在整个亚述帝国的存在期间始终没有真正地被确立下来，这也就造成了扎根于这样社会之上的法律制度也必然比较粗糙。但是，作为人类历史上出现得最早的一批成文法典，其历史价值和意义仍然是不容忽视的，我们仍然可以从中追寻到人类法治文明在其发展的初期阶段所具备的基本特质及其对于后世的影响程度。这也就是直到今天我们还要在此花费气力对其进行研究、探讨的必要性之所在。

三、中亚述法典的基本内容

亚述人是目前已知的世界上最早的文字系统——楔形文字的继承者，所以，亚述法律也是美索不达米亚法系的组成部分。

《中亚述法典》是公元前15至14世纪的产物，其是早中期亚述交替时期编纂的法典。注其是现今保存较为完整的楔形文字法典的代表之一，它是用阿卡德文中的亚述方言写成的。写有该法典的泥板于1903—1914年间在今天伊拉克境内的古亚述城被发现，其中有的已很破碎。法典泥板保存下来的主要有三表和若干断片，其中主要规定了有关地产、房屋、债务、抵押、买卖、婚姻、家庭等方面的权利与义务，可以归纳为土地、契约、婚姻家庭和继承四大方面。其行文风格仍然承袭了美索不达米亚法系中诸楔形文字法典的风格，每一个法条依然使用“如果……应当……”这一假设条件句式，可见，其仍未摆脱美索不达米亚法系所特有的法典条文是个案实例的性质，该法典在性质上仍属于习惯法的汇编或者司法案例的汇编。

如果从三个表中的内容来划分，第一表主要规定的是兄弟继承父家房屋、土地以及土地买卖和占有等内容；第二表规定的是关于财产保护的内容；第三表主要以对于妇女行为的限制性规定以及婚姻家庭、继承等为主。但是，若按其所涉及的主要内容可以将其划分为以下四个方面。

（一）土地方面的规定

1.土地买卖的流程

法典第一表第6条规定（记录）了购买田地及住宅的整个流程：

如果甲对乙说，我用银子购买你的住宅与田地，那么，在甲出银子购买田地与住宅之前，公告员在一个整月的时间内应当三次在亚述城内为之宣布，他还应当三次在购买者取得田地与住宅的居住地内为

之宣布："我将用银子购买某公社耕地上某某的儿子某人的田地与住宅；要是谁有取得的权利或要求，请就提出自己的证件，把它放在监督者的面前，提出诉讼，即可免除外人对财产的要求，而取得它。"谁在未满一整月的期限内，提出自己的证件并把它放在监督者的面前，这个人在其田地方面，应当得到满足，因而就可以取得它。

在公告员宣布甲购买田地与住宅时，国王手下的参赞之一、城市的书吏、公告员及王家监督者都应出席，而且已经取得田地与住宅的人所在的公社的社长与长老出席。他们应当督促公告员宣布，写下自己的证件并交出证件："在这一整月的时间内，公告员宣布过三次；在这一整月时间内，公告员宣布过三次，在这一整月的时间内谁也没有带来自己的证件，没有把证件放在监督者面前，因而丧失了自己这部分的田地与住宅；而这些与公告员宣布的请求人无关。"(注)

在这些程序都进行完毕后，公断人应将记录下来的证件一式三份，由监督者及其他人分别保管。

这个购买土地和住宅的程序流程，反映了亚述人对于土地、住宅买卖的高度重视程度，其表现就是它们的转让必须遵循公开、公正的原则，并且必须以书面证件的形式加以证明和完成，即使有人对此次买卖行为持有异议，也必须拿出书面的证据以证明此财产应由他所有。可见，形式和程序正义早在3000多年前的古代西亚地区就得到过立法者和司法者的充分的重视。此原则和理念被后来的欧洲国家所继承并发扬、光大。

2.保护土地所有者之权益

除了对于土地、住宅买卖的程序及流程予以规定外，法典第一表第8条至第20条还对土地所有者的权益规定了许多保护的条款。如第8条和第9条规定："如果有人破坏他的同伴间的大片田界，有人以誓言揭发他并证明他有罪，那么，他应加倍交还他破坏而取得的田地；他应斫掉一指，受易一百杖责，并应服王家劳役一整月。"第9条规

定："如果有人侵犯签地的小田界，有人以誓言揭发他并证明他有罪，那么他应交还一他连特铅；他应加倍交还他破坏而取得的田地；他应受五十杖责并服王家劳役一整月。"

这里所说的"他的同伴"是指同一公社的社员，所谓"签地"是指已经归属于公社成员的由公社划分土地的重分地段。其表明，当时的亚述仍以公社为基本单位，社会中的成员必须供应国王或军政之所需，因此，保护公社和土地所有人的利益，乃法典的一个重要任务和内容。

3.打击非法耕作者

法典第一表第13条规定："如果有人在不属自己的未耕地或者开拓园地，或者掘井，或者种植蔬菜或树木，有人以誓言揭发他并证明他有罪，那么田主来时，可以取得园地及他的劳动产品。"该表第14条规定："如果有人在不属自己的未耕地上围墙并砌砖，有人揭发他并证明他有罪，那么他应加倍交还土地，而他的砖应予没收，他应受五十杖责，并应服王家劳役一整月。"同表第19条规定："如果有人在自己同伴的田地上播种、耕地或围墙，那么如果田主凭国王发誓，说：'他播种了田地'，那么当他来时，在收割期耕地人应被逐，他应将谷物倒入公社谷仓，并应按本公社田地的粮食收入，量出谷物，归还田主……他应将田地交还主人。"

4.保证水利资源的共享

法典第一表第17条和第18条规定，对公社土地上的井或者灌溉渠道中的雨水，田主们应当协议行事，每人应当为自己的田地工作，并灌溉自己的田地。他们之中如有不同意的人，那么同意的人中任何一个都可以请求法官，从法官处取得证件而进行工作；他可以为自己取水灌溉自己的田地；其他任何人都不应用此水灌溉。如果他们之中有不同意的，那么同意的人中任何一个都可以从法官处取得证件，以反对不同意的人。这是一种就共享公共资源而专门之规定，这种为共享公共资源而达成的规约，多所有公社的成员均有约束力，如果有人对

于别人使用公共资源提出异议，必须通过法律的程序才能获得一种独立使用公共资源的权利，否则，就无法对抗大多数人的意志。这种规约也反映了当时的亚述社会仍然存在着公共财产的概念，宝贵的水资源就是一种公共财产，任何人不得非法独自占有和使用。

（二）契约方面的规定

在仅存下了12各条文的法典的第二表中，就涉及到了买卖、抵押、借贷、寄存等契约关系的内容。

例如，法典第二表第2条、第3条和第4条规定，严禁债权人买卖抵押物，如果债权人擅自买卖债奴或者公牛、马、驴，这一买卖行为无效，应受杖责并应服王室劳役。第5条和第6条，规定了买卖赃物的法律责任，规定出卖赃物者要承担补偿责任，退回失主的财物，补偿第三方的损失。

第10条、第11条和第12条规定，如果某人失去了牛或者羊，或者任何受他人委托保存的东西，而这些写东西是被抵押在别的方面的，这个在其家中保存抵押品的人如对在他家里存放的东西物主有隐瞒这件事情，那么，所有在他手中的东西都将被被剥夺，物主可以从他那里拿走这些被寄存的东西，这个替他人保存物品的人负有偷窃的责任；如果某人夸大了他委托他的朋友保存的东西，并且作了这样的登记，有人以向神发誓的方式予以了揭发，并证明他有罪，那么他就是偷盗者，而国王将加给他认为要加的任何惩罚；如果某人夸大了他托朋友保存的东西的数量，并且作了这样的登记，以使债主们蒙受到了银子的损失，这时有人揭发他的这种行为，并证明他有罪，那么他登记了多少财物就应交还多少财物，他还应受到杖责。这三条实质上是关于寄存契约方面的规定。这些法律条文是依据寄存契约中寄存人的主观故意来设定他所应当承担的法律责任，而且，在这里既要追究寄存人的不法行为所应当承担的民事赔偿责任，也辅之以严厉的刑罚手段，以此加重对于此类违约行为的打击力度和法律救济的力度。

但是，这类条款并非属于刑事条款的范畴，虽然它其中包含了刑罚手段，因为，它所调整的社会关系和对象还是民事契约关系。我们在判定一个条文或者一部法典的性质的时候，不应当仅仅从其是否规定有刑罚手段来确定其完全是甚至认为其本质上就是一部刑事规范，而是要从其所调整的社会关系和对象，以及其刑罚手段是属于主要的承担责任的方式，还是仅作为一种辅助性的追究责任的方式来规定的。因为，从世界范围来看，在1804年《法国民法典》出台之前，世界上几乎所有已经颁布的法典，都属于诸法合体、民刑不分的立法模式，其所调整的范围一般都十分广泛，几乎涉及到社会的各个方面，但是，其所规定的很多承担责任的方式都带有刑罚的形式，如果仅仅根据这一点就断定某部法典或者某个国家（法系）均为刑事规范，而没有其他的内容，那时十分片面的。仅就古代西亚地区的诸法典来看，它们所调整的内容和对象主要是民事和经贸方面的法律关系，就像前节所论述的《汉姆拉比法典》，在整部法典中，涉及民事、经贸方面的条款，几乎占据了全部法典的80%，而法典中涉及到刑事犯罪的条款仅不到20%，这也是该法典能够被其之后的古代希腊、罗马时期乃至整个欧洲社会的法典所继承和发扬的十分重要的原因。因此，不能因为法典中有刑事规范的内容，就认定《汉姆拉比法典》完全是一部刑事法典，那与事实是不符的，而且会对一个国家的法律思想、法治理念、立法和司法活动，乃至法学教育和研究造成极其不利的负面影响。在对于中华法系的认识上就存在着极大的片面性。

（三）婚姻家庭方面的规定

《中亚述法典》的第三表是围绕妇女所做的规定。中亚述社会是一个以父权和夫权为核心的家长制社会。这是因为亚述帝国从立国之时起就是一个以军事霸权和军事扩张为其立国之本的国家，而要建立军事霸权进行领土扩张，首先需要的就是要具备一支强大的军队，因而，男丁和男人便成为了国家的支柱。因而，在法律上就表现为对于

男人的刻意保护，并要求女人对于男人的顺从和服侍，以确保男人的尊严，同时以此激励男人效忠于国家的意志和忠诚。

1.确立男人对于女人的绝对权威地位

在中亚述社会中，妇女完全服从于丈夫、父亲或继父，妇女和子女只是父亲或丈夫的会说话的财产。妇女不享有自由处分财产的权利能力和行为能力，一旦违反社会对于妇女的要求，其丈夫有权对其处以任何的体罚甚至于处死。例如，第三表第4条和第5条规定：如果奴隶从某人妻子手中得到了任何一件东西，那么就应该割去奴隶的鼻子和耳朵，并追回赃物，该女子的丈夫可以割去自己妻子的耳朵；如果该女子的丈夫宽恕了自己的妻子并不割去她的耳朵，那么也不应该割去奴隶的鼻子和耳朵；如果某人妻子在别人家里偷了价值超过五明那黑铅以上的东西，那么失主在发誓指控她偷盗了他家里的东西，如果这个偷盗的女子的丈夫愿意的话，他可以交还偷窃物，同时把妻子赎回家中，但同时应割去他妻子的耳朵；如果她的丈夫不愿意赎回她，那么失主可以带走她，同时割去她的鼻子。第13条、第14条和第15条、第16条规定：如果某人的妻子离开自己的家并跑到任何一人所居住的地方去，而占有了她，那么，如果他知道她是某人的妻子，此人和此女人都应被杀死；如果任何一个人在公共场所或者在大街上占有某人的妻子，同时他知道她是某人的妻子，那么，这个女人的丈夫可以任意处置这一对男女；如果男子并不知道这个女人是某人的妻子而占有了她，那么，奸夫无罪，此女人的丈夫可以任意处置其妻子；如果某人捉住了拐带自己妻子的人，那么男女都应当处死；如果他抓住了拐带他妻子的人，他可以杀死自己的妻子，他同样也可以杀死那个拐带他妻子的男人；如果他割了自己妻子的鼻子，那么他也可以阉割那个拐带他妻子的男人，同样还可以损毁他的面容；如果他饶恕了自己的妻子，他也应该饶恕那个男人；如果某人由于受到了别人妻子的欺骗而占有了她，那么不应处罚这个被欺骗的人，而这个女人的丈夫可以任意惩罚自己的妻子；如果某人强占了别人的妻子，那么他所受的惩罚应与别人妻子所受的惩罚一样。可见，在中亚述时期，丈夫可

以任意处置犯有错误的妻子，甚至可以将其杀死。丈夫对于妻子有着无上的权威。第59条规定，除了该法典所规定的对于某人妻子的惩罚外，男人可以殴打其妻，拔去她的头发，打她的耳光，在这方面男人是没有罪的。

根据法典第三表第25、26、27、32、33、36条的规定，有相当一部分已婚女子长期居住在自己父亲家中，即使这些已婚妇女已经有了儿女。这也说明，中亚述时期的妇女长期处在父权的监护之下的事实，甚至丈夫死后，她也可以在父亲同意的前提下，嫁给她的公公做妾，被称为阿胡吉图（再醮妇）。可见，在中亚述时期父权和男权之强盛程度。

2.妻子没有财产权及财产处分权

法典第三表第6条规定："如果某人的妻子把任何一件东西抵押给别人，那末接受者应负偷盗的责任。"法典第25、26、27条规定，如果某结婚后还居住在自己父亲的家里，而她的丈夫死去，她的丈夫的兄弟们尚未分居，而她又没有儿子，那么她丈夫的未分居的兄弟们可以拿走她丈夫给她的一切装饰品；如果某女人结婚后还居住在自己父亲的家里，而她的丈夫死了，其丈夫给她的一切装饰品，如果她的丈夫有儿子，就可以由他们拿走；如果她的丈夫没有儿子，就可以由她自己拿走；如果某女人结婚后还居住在自己父亲的家里，而她的丈夫经常到她这里来，那么她丈夫可以自己取走他给妻子的任何担保品，但属于其妻子夫妻家里的部分他无权取走。

3.男人掌握着女人的婚姻权利

法典第三表第48条规定："某人有一债务人的女儿，住在他家作为债务抵押，如此人向其父亲请求，则她可以将她出嫁。如果她的父亲不同意，则他不应将她出嫁。若她的父亲死去，则他应向她的一个兄弟请求，这个兄弟应将此事告知她的其他兄弟；如果她有一个兄弟说：'我将于一整月时期内赎回我的姊妹'，如果他在一整月时期没有赎回她，则银子的主人，如果愿意，可以解放她并将她出嫁。"第55条

和第56条规定，被强奸的女孩的父亲可以将被强奸的女孩嫁给强奸她的男人，以示对强奸者的惩罚；如果某女未经父亲同意自己主动献身于某男人，在此男人应发誓，则其他人不应接近这个女孩，奸夫还应交出两倍于这处女的身价的银子，在此情况下，父亲可以任意处置自己的女儿。

4.不禁止女人再婚

根据法典第三表第30、34条规定，在中亚述时期推行娶寡嫂或叔娶嫂的婚姻制度。第30条规定，如果父亲把结婚聘金送到自己儿子的岳父家，但该妇还未嫁与他的儿子，而他的另一个儿子死了，而此儿妻子还住在她自己的父亲家里，那么他可以把自己已死儿子的妻子作为阿胡吉图给与自己另一个已在岳父家交付结婚聘金的儿子。第34条规定，如果某人与寡妇结婚，而没有和她缔结契约，她只要在他家里居住了两年，那么她就是这个人的妻子，也就不能走了，这一事实婚姻就成为了有效婚姻。第28条规定，寡妇可以携带婴儿再嫁，只是该婴儿不能继承抚养他的人家里的财产，只能得到他自己父亲家里分得的自己应得的那部分，除非抚养他的那家书写了抚养文书。第45条规定，如果女子的丈夫为了国家征战被俘虏，在守节两年之后，她作为事实上的寡妇可以再嫁，但丈夫一旦回来，则第二次婚姻就无效，她不得不回到第一个丈夫身边。这是为了通过保障为国出征的将士的利益，而获得将士对于国家的忠诚。

5.男人掌握着离婚的主动权

法典第三表第37、38条规定，男人遗弃妻子，如果认为需要，可以给她某些东西，如果认为不需要，就可以不给她任何东西，她应空手离去；如果该妻子还居住在自己父亲的家里，而她的丈夫遗弃了她，那么她的丈夫可以拿走曾给她的装饰品，但他已经交付的担保品，仍属于女方。

在整部法典中，看不到丈夫因何种原因可以遗弃或者离弃妻子的相关规定，这一点比起《汉姆拉比法典》有很大的退步，《汉姆拉比

法典》不仅在第141条规定，如果自由民之妻主动离开其夫家，处事浪费，致使其夫家破产，其夫蒙羞，其夫可以离弃她，在其离开夫家时，其夫可以不给她任何离婚费；如果其夫不离弃她，则可以另娶他人，而让其前妻作为女奴留居夫家。而且还在第148条规定，如果妻得了慢性疾病，不允许男方提出离婚，即禁止丈夫随意遗弃患病的妻子。这也同样反映了中亚述时期男权的霸道和兴盛。

6.有限地保护妇女的权利

法典第三表还有一些保护妇女权益的条款。例如，第12条规定，当某人的妻子被陌生人强奸，该妻子可以施行自卫，而且这个强奸者应该被处死，而此女则不应受到任何处罚。第18条规定，如果某人知道其朋友的妻子被别人强奸而不主动地出来揭发，他就应当受到四十杖责，并应服王家劳役一整月，同时还要交付罚金。第21条规定，如果某人打了别人的女儿并使其堕胎，他在交罚金的同时，还要受五十杖责，并服王家劳役一整月。第50、51、52条规定，如果别某人打了别人的妻子而使其流产，则也应当使打人的妻子受到同样的待遇；如果被打的妇女死亡，则应处死打人的人；如果某人殴打别人易流产之妻，而使其流产，这就是犯罪，他应交纳罚金；如果殴打妓女并使其流产，则应殴打此人。第46条规定，如果某女人丈夫死去，在她丈夫死后，没有离开夫家，如果她丈夫没有写下给她任何东西，她可以随意居住在她儿子的家里，其夫之子应赡养她，他们之间应订立契约，供给她饮食；如果她是第二个妻子，而自己没有儿子，她可以住在她死去的丈夫的一个儿子的家里，由她死去丈夫的儿子们共同赡养她；如果她有儿子，她丈夫前妻之子可以不赡养她，她可以任意住在其亲生儿子之家，由其亲生子赡养她；如果其前夫之子中的某一个自己要娶她，则只有娶她的儿子赡养她，其他诸子可不赡养她。可见，作为寡妇也有被赡养的权利。

7.明确收养关系的必备要件

法典第三表第28条规定：“如果寡妇进入某人的家并且随身带来自己的婴儿，而婴儿在娶了她的人家里长大成人，但是收他为养子书板未曾写过，那末此婴儿在抚养他的人家里得不到继承的份地，也不对债务负责，而是在自己的父亲家里分得到自己应得的份地。”根据这条规定，收养他人之子必须制作契约书板，否则即便是母亲再嫁进入某人家里，法律也不承认这一收养关系。制作有收养关系的收养契约书板，是收养关系建立的必备要件。

（四）继承方面的规定

1.继承人的条件

法典第三表第41条规定，如果某人的妻子没有儿子，但他的妾生有儿子，那么，妾所生的儿子可以作为合法的儿子而继承父家的家产。但是，其前提条件是，该妾之丈夫必须在他的5至6位朋友面前用面罩遮盖其妾之脸，且公开宣布此妾就是我的妻子，否则，该妾就不是男子的妻子，妾所生的儿子也无权获得继承权。这是妾生之子欲获得父家财产继承权的必备要件。

法典第一表第2、3条规定，如果未曾分产的兄弟中有人杀了人，或者有叛逆或者逃亡等背叛国家的行为，其财产可以归被兄弟打死的死者家主或者由国王任意处理他的继承额。这表明，凡犯有杀人罪和叛逃之人，其继承权即丧失，而由无血缘关系的第三方成为继承人。

2.析分继承财产的方式及其继承范围

法典第一表第1条规定，在兄弟们析分他们父家的财产时，长兄应就房屋、园地及未耕地上这三者之中任选取其中的两份作为自己继承的份额，幼子应当分得田地及兄弟们劳动的全部产物，其余的财产由众兄弟通过拈阄的方式取得。

四、中亚述法典的特点

（一）以民事关系的调整为主

在法典的三个表中总共91个条文中，其中第一表中的20条和第二表中的12条，全部都是调整民事关系的规范，第三表的59条中，自第1条至24条属于刑事规范，主要是对于盗窃和对妇女的侵犯等方面的内容，自第25条至第59条，基本上是有关婚姻家庭和收养、继承等方面的内容，整部法典中调整民事关系的条文达到67条，占全部条文之数的74%。可见，对于民事关系的调整，是法典的主要内容。

（二）着力保护私人财产权

法典中绝大多数的条文都是关于私有财产的保护，尤其是对于土地买卖的流程，土地所有者之权益，严禁非法耕作之行为，对于买卖、抵押、借贷、寄存等契约关系的规定，以及继承关系的规范，等等，这些对于私人财产权的保护性规定，反映了《中亚述法典》对于古代西亚地区《汉姆拉比法典》等法典的继承性，以及亚述帝国在立法中着力调整民众及社会的经济生活，稳定国家的政治经济秩序的根本目的。因为，只有国内政治经济稳定，才能够实现拓展国家的影响力和亚述帝国开疆扩土的最终目标。

（三）严格约束和规范妇女的权利和行为

《中亚述法典》一个十分鲜明的特点就是对于妇女权利和行为的约束和规范。在整部法典中，涉及到妇女权利和行为的条文有50余条，几乎占据了第三表的全部条文，第三表甚至可以认为是一部古代的“妇女法”，或者“妇女规”，从妇女的偷盗、私生活、出嫁、离婚，到财产的取得、在家庭中地位等等，几乎无所不包，反映了中亚述时期妇女地位的严重低下，仅这一点就可以得出中亚述时期妇女的地位

远不如汉姆拉比时期，这是一种倒退，但是，也反映了中亚述时期国家政治的特点，统治者试图以充分保护男子的权益，来换取他们对于国家开疆拓土事业的支持与忠诚。这也充分证明了一个道理——法律始终是为现实社会服务的，一个国家在某一个时期所制定的法律制度，可以折射出这个国家和社会的基本特点、统治者的治国理念，以及在未来一定时期内这个国家的发展趋势。

---

1. 参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第248页第2注释。
2. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第52页。以下有关《中亚述法典》的法律条文均引自该书，以下不再另加注。

第四节
赫梯法典

一、赫梯国家的产生与发展

赫梯（Hittite Empire）是小亚细亚地区奴隶制国家。赫梯国家大约形成于公元前19世纪中叶，初为小国，后以哈图斯（今波加科斯）为中心形成联盟，渐趋统一。

赫梯人（Hittites）的远祖是中亚大草原的游牧民族雅利阿（Arya）部落雅利安人（Aryans）的一支，其所操语言属印欧语系。印欧语系包括印度语、波斯语、希腊语、拉丁语等。雅利安人，或译为亚利安人（梵文：ārya“高尚”），属高加索人种（白色人种），该人种身材较大，皮肤浅白，面长多毛，鼻骨高，瞳孔颜色浅，发色多变。原居于今天俄罗斯南部乌拉尔山脉附近的古代部落，使用印欧语系的语言，被认为印欧语系民族的共同祖先。虽然雅利安人的文化比较原始，但是，他们不但已经掌握了带金属尖头的武器，而且拥有用两匹或更多马拉的带辐轮的轻便快速战车。他们的文化赞美战争。

自公元前15世纪之后，赫梯逐步发展成为两河流域和整个美索不达米亚平原的一个统一的强大帝国，一个小亚地区新的霸主。苏比鲁流玛死后，在西亚地区形成了赫梯、埃及与亚述三国争霸的局面。至公元前13世纪初，赫梯与埃及的军队会战于卡迭什，两败俱伤，结果于公元前1283年，与埃及法老拉美西斯二世签订和约。与埃及的争霸使赫梯元气大伤。之后赫梯发生了内乱，帝国走向衰亡。公元前13世纪末，“海上民族”腓力斯丁人席卷了东部地中海地区，赫梯被肢解。公元前8世纪，残存的赫梯王国被亚述所灭。

纵观赫梯的发展史，其实就是一部由争霸起家，再由争霸强盛，而最后又毁于争霸的战争史。看来，赫梯人是真正地继承了雅利安人好战的基因。但好战的结果却又是被更为强悍的民族所征服。这就是历史的宿命与轮回。

二、赫梯国家的社会经济状况

在赫梯最强盛的时期，赫梯人在两河流域先进的农业文明的影响下，跳跃式地由落后的游牧民族步入了文明社会的行列。在公元前15至公元前13世纪赫梯文明最强盛的200多年里，是赫梯文明兴起及发展的重要时期，在这个期间，它借鉴和吸纳了周边及近东其他民族，特别是美索不达米亚的优秀文化，逐步形成了独具特色的赫梯文明，并且承担起了对外传播传统的美索不达米亚文明和最新的赫梯文明的重任。

在赫梯社会成员的组成结构中，最具特点的就是出现了独立的商人群体以及相对于古代西亚地区的其他国家而言，其奴隶的社会地位有所变化。

在赫梯社会中，一些自由民由于受到家族的影响而以经商为职业，成为了商人阶层。商人在赫梯的楔形文字中的本意为“来来去去，辗转各地的人”。他们在叙利亚北部地区从事贸易活动，他们受制于赫梯的王权，属于官商，并非完全意义上的私商，其社会地位属于自由民阶层，其社会地位要远高于奴隶，这从《赫梯法典》中可以略见一斑。

赫梯的奴隶较之当时其他国家有了一些权利主体资格，虽然这些奴隶身份上仍属于主人的财产，但当时的法律已经允许这些男性奴隶拥有自己的房屋等财产，且能行使和承担诸如娶妻、独立支付赔偿金和赎金等权利和责任。他们实质上已经从会说话的工具，跃居为拥有

半自由身份的劳动者，他们承担着建筑工头、宝库的管家和牧羊人这样的独立、具体的工作，业已摆脱了完全依附于主人、属于主人财产的客体的地位。就是一些战俘也有可能成为出卖劳动力的半自由民。但是，他们的身份并非一成不变，随着经济境况的变化，自由人很可能因为破产或者其他原因而沦为半自由人，半自由人也有可能沦为奴隶。

但是，如果从世界历史的发展长河来看，商人群体的出现和奴隶身份的变化，无论如何都应当看做是一种进步。

从文化上看，赫梯继承和发扬了楔形文字法典的成就，其最集中的体现就是制定出了在世界法制史上独具特色的、在世界法制史上起着承上启下作用的《赫梯法典》。

三、《赫梯法典》的主要内容

约公元前17世纪中期至公元前16世纪初，赫梯王国编纂了《赫梯法典》，该法典一直施行至公元前12世纪左右。现存的法典记载在从哈土什赫梯王档案库发掘出的泥板文书上。整部法典基本完整，由三表组成，共241条，第一表为《“假如某人”，太阳我父的书板》，有100条条文；第二表为《假如葡萄藤》，有100条条文；第三表为公元前13世纪对第一表的改编，有41条条文。(注)

（一）保护私有财产

据作者初步统计，在法典全部的条文中，直接涉及到保护私有财产的条文近100条，几乎接近法典全部条文的一半。

法典第一表第45条规定：“假如任何人拾到东西，则应把它返还给失主，而那人应酬赏他；假如不把它交还，那他就是贼。”

赫梯社会特别重视对于牲畜的保护，因为在当时牲畜既是生产的主要工具和依靠，同时，拥有牲畜的多少，也可以说明了他所拥有的财富，而财富的多寡决定人的身价和社会地位。因此，法典中直接保护私人牲畜所有权的条文就达30多条（第一表第57条至第90条）。例如，第57、58、59条规定，任何人盗窃两岁以上的良种牛、马和绵羊，他应向被盗的牛的主人交付十五头牛（马、绵羊），其中两岁的5头，一岁的5头，不到一岁的5头，同时还要用自己的房屋担保。第60、61条规定，任何人盗得良种的牛、马，而消除主人给它烙的烙印，消除烙印的人应交付给牛（马）的主人7头牛，其中包括两头两岁的、3头一岁的、2头不到一岁的，同时以自己的房屋担保。第63、64条规定，假如任何人盗窃耕牛，或者拉车的马，盗窃者要交出10头牛（马），其中包括3头两岁的、3头一岁的、4头不到一岁的。第73条规定，假如任何人残害强壮的牛，则视如窃贼。第74条规定，假如任何人折坏牛的角或脚，则他应收它为己有，而把属于自己的好牛给它的主人；如果牛的主人表示要回自己的牛，则牛的主人可以取回自己的牛，毁坏牛的角或脚的人，应以银子赔偿牛主人。第87条规定，假如任何人打死牧人的狗，他应当交付20玻鲁舍客勒银子。

不仅对牲畜，即使是其他生产和生活资料，法典同样予以保护。第91、92条规定，假如任何人从蜂农的蜂房盗窃蜜蜂，则盗窃者应交付5玻鲁舍客勒银子，同时以自己的房屋担保；假如盗窃两个或三个蜂房，则盗窃者应交付给被盗者6玻鲁舍客勒银子；而盗窃时蜂房内没有蜜蜂，则盗窃者应交付3玻鲁舍客勒银子。第94条规定，假如自由人在一房屋实施盗窃行为，他除了应交出所有盗得的物品之外，他还要交付12玻鲁舍客勒银子银子；他盗窃的物品越多，他应交付的银子也就越多；同时还要以自己的房屋担保。第98条规定假如自由人放火焚烧别人房屋，则他应当为受害人再建造房屋，同时还要赔偿房屋主人因大火而遭受到损失。

在法典第二表中，对于盗窃或者毁坏葡萄藤、苹果、蒜、木柴、树苗、石榴树、梨树、谷物、葡萄园、驯养的水鸟、犁、大的器皿、

马具、门扉、砖、磨盘、车轮等行为，均应交付赔偿金，并以自己的房屋担保。

（二）规范劳务关系

法典第一表第42条规定，雇人工作被雇人死亡的，如果工资已付，雇佣者不必赔偿；如果死者的工资还没有支付，应当支付工资12玻鲁舍客勒银子，假如死者家中只留下女人，则支付工资6玻鲁舍客勒银子。这是对于死去雇工的待遇。

法典第二表第146、147条规定了在建立雇佣关系时，如果毁约应当承担的责任，即支付一定的银子以赔偿。

法典第二表第150条和第158条规定了男人和女人被雇佣工作的工资的具体数额；第160条和第161条则规定了金属工匠打制器皿和盘子的工资数额。

（三）规范契约关系

1.买卖契约

法典第二表第149条规定了买卖家畜时家畜死亡的后果，如果买主不知道家畜在出卖时已经死亡，那么卖主要赔偿给买主两头家畜，还要以自己的房屋做代表。第177条规定了购买田地时不得破坏田界，如果破坏了田界，买主应拿出面粉风险给神庙。第177条规定了购买宫廷的占卜者和工作不熟练的男人或女人的价格。第178条至第186条则规定了耕牛、绵羊、马、植物油、毛织物、小麦、葡萄园、牛皮、牛肉等商品的具体价格。

2.租借契约

法典第二表第145条及自第151条至第157条规定了，租用牛、马、骡、青铜盘、托盘等的租金。第148条还规定了截夺别人已经租用物应

承担的责任——交付银子以抵罪。

（四）确立婚姻家庭人伦关系

关于婚姻家庭关系方面的规定，《赫梯法典》不如《汉姆拉比法典》那么详实。但是，法典认可和宽容了男女私定终身和劫婚，自由民与奴隶缔结婚姻，妇女再嫁，等行为，但是却严禁乱伦和近亲结婚。

1.婚姻的缔结

法典第一表第28、29、31、32、33、34条明确承认了男女可以私定终身、自由的男人可以娶女奴为妻、男奴可以娶自由的女人为妻、男奴可以娶女奴为妻。例如，第28条规定，如果姑娘许了男人，而另外一个人把她带走，则带走她的人应该按第一个男人所支付的款赔偿给这个男人；假如父母把她让给另一个男人，则父母应将聘礼赔偿给第一个男人；假如父母拒绝赔偿，则第一个男人可以把女人带走。第29条规定，假如姑娘与男人约定婚姻，并且为她交付了聘礼，以后姑娘的父母废除婚约，并由男人那里带走她，他们应加倍偿还聘礼。第31条规定，假如自由的男人娶女奴为妻而建立家庭，有了子女，以后他们之间发生纠纷并同意离异，则他们应平分其家产，男人可以取得子女，女人也可以取得一个儿子。第32、33条明确规定，假如男奴娶自由的女人为妻或者男奴娶女奴为妻，如果发生纠纷，其处理的结果与第31条的规定相同。第34条甚至还规定，假如男奴为女人交付了聘礼并要娶她为妻，任何人不应出卖她。第二表第190条甚至规定，假如男女自愿同居，男女双方都不构成犯罪。这些规定表明，是否给女方下过聘礼，是决定男女之间婚姻是否合法的一个重要的前提条件。同时，也可以看出，赫梯时期，男女对于自己的婚姻是有自由选择权的，不必非得由双方父母同意和控制。特别值得关注的是，法典明确规定，自由的男人娶女奴为妻而建立家庭，在他们之间发生纠纷并同意离异的时候，他们可以平分家产。这可能就是人类最早的婚姻自由

和夫妻平等的鼻祖。这是一个历史的进步，为后来西方社会所接受和发扬光大。

劫婚是赫梯王国中一种婚俗。法典第一表第35、37、38条规定，假如某男奴隶截取了女人而不为她交付聘礼，则该女在三年之内成为她丈夫的主人的女奴隶；假如因劫婚纠纷而造成人的死亡，也不必为此而赔偿。可见，法律允许劫婚现象的存在，而且还不必为此行为承担法律责任，但是如果不为被劫的女人及时（三年之内）地交付聘礼，那么，该女就会成为其丈夫主人的女奴隶。这也再次证实了聘礼在婚姻缔结中的重要性。

2.女人的再嫁

赫梯社会对于妇女再嫁表现出宽容的态度。法典第二表第192、193条规定，假如妇女的丈夫死去，则他的遗产继承人可以收下他的妻子；假如女人的丈夫死去，其丈夫的兄弟可以娶她为妻，其丈夫的父亲也可以娶她；若其丈夫的父亲死去，则其丈夫的一个兄弟可以娶她，即使其丈夫的兄弟早已娶了妻子，也不构成犯罪。而根据第二表第195条的规定，寡妇可以携女儿再嫁，只是其再嫁的丈夫如果要奸淫她带去的女儿要受到惩罚。可见，女人再嫁是法律所允许的，并且继承了古代西亚地区之前的习俗，沿袭了娶寡嫂制。

3.严禁乱伦

赫梯人已经十分重视家庭的人伦道德，法典严禁乱伦和近亲结婚。法典第二表第189条规定，如果某人同自己的亲生母亲或者亲生的女儿发生性行为，则应给予处罚。甚至于与自己的儿子有同性恋的行为也要受到处罚。第195条规定，假如男人与自己兄弟之妻通奸，而他的兄弟仍健在，则应处罚他；假如某人娶自由民为妻而要与她的女儿通奸，则应加以处罚；假如他娶了其妻的女儿而要再同她 女儿的母亲或她的姐妹通奸，则应加以处罚。根据第190条的规定，假如同继母通奸则不构成犯罪，但是，如果其父仍健在则除外，应加以处罚。

（五）独特的继承制度

法典中直接规定继承问题的仅有第50、51、53条这三个条文。根据这三条的规定，僧侣、织工和战士这三种人，继承他们的财产份额的人，要履行为国家服兵役、劳役等公共义务。这样的规定，一来是免除那些为国家出外远征的人或为王室效力的人对于自己土地等财产的后顾之忧，允许在他们出征期间他们的土地和其他财产由没有土地等财产的人予以管理，二来也是允许曾代替那些有土地等财产的人远征的人，通过因代人远征而能够获得一定继承财产的资格与权利。特别是法典第一表第53条明确规定，当出征的战士与代替他出征或者代其管理过其财产的人因财产的划分问题而发生纠纷，那么，此时，战士应取得财产的70%（7名奴隶），而拥有其财产继承份额的人可以得到30%（3名奴隶）；假如其中有人有国王赠物的书板（文书），则当他要划分自己原先的土地时，战士应取得赠物的2/3（两份），而拥有他的财产的继承份额的人应获得1/3（一份）。这样规定目的归根到底还是为了鼓励和保护帝国战士为国家远征和普通国民为国家和王室服役的积极性。

在继承制度上，法典的一个十分鲜明的特征，就是比较注重规范女性的继承问题。法典第一表第27条规定，女人如果死在丈夫的家中，其丈夫可以继承她的遗产（嫁妆）中的一部分；如果她死在自己父亲家中，则其丈夫及其家人得不到她的遗产（嫁妆）。第二表第192条规定，继承死者份额的人可以收下死者的妻子；第193条规定，亡夫的兄弟可以娶寡嫂或公公可以娶寡儿媳。可见，在赫梯社会中，妻子是丈夫家中财产的一部分，丈夫家里的人可以在丈夫死后占有她，就像占有丈夫的遗产一样。

由上述有关继承的规定来看，《赫梯法典》所规定的继承制度，与现代意义上的死后继承不一样，它更像财产所有人在生前对于自己财产的分配制度，其发起的原因不是因为被继承者死亡，而是产生于被继承人生前与其他人因财产分配问题而产生的纠纷，当然，这种纠

纷产生的前提是被继承人为了履行国家义务而做出了应有的牺牲，比如，因为为国家远征而不得不暂时放弃对于自己财产的管理和使用的权利，国家为了补偿替这些远征者管理或经营财产而付出过劳动的人的利益而特别设立的一种特殊的法律制度。因而，赫梯的此种继承不像现代继承，一定发生在家庭成员之间，即使是家庭成员以外的人只要符合法定的条件，也可以取得其他家庭财产的部分继承权。这也充分反映了赫梯政权以军事扩张理念立国、治国的独有特征。

（六）维护人身权益

1.保护战士的利益

法典中有许多保护战士利益的条文，仅第一表（100个条文）中就至少有12个条文涉及到对于战士权益的保护。例如，第53条有关战士与拥有他的财产继承份额的人之因财产分配的纠纷的规定（见上文“独特的继承制度”中的内容）；第54条关于帝国内各个城邦的战士和在军队中服役的弓箭手、木匠等人，不必担负公共服役和代替他人出征的义务。

2.严惩乱伦和通奸

法典第二表自第187条第200条，用了14个条文，集中规定了对于乱伦和通奸行为的处罚和规范。例如，第189条规定，假如某人同自己的亲生母亲、女儿、儿子乱伦，则应加以处罚；第195条规定：“假如男人与自己兄弟之妻睡在一起，而他的兄弟仍在，则应加以处罚；假如某人娶自由人为妻而要与她的女儿同睡，则应加以处罚；假如他娶她的女儿而要同她的母亲或她的姐妹睡觉，则应加以处罚。”第190条还规定，假如某人同继母通奸，如果其父还在，则应加以处罚。

除了严禁乱伦，法典还对于通奸行为做了规范。例如，第197条和198条规定，假如男人于山中奸淫一个女人，则要处罚这个男人；假如他在自己的家中奸淫她，而该妇女应当处死；假如妇女的丈夫抓到他

们，则可以把他们杀死，而妇女的丈夫不构成犯罪；假如这个妇女的丈夫把奸夫和他妻子带到王宫大门，可以请求国王保留他们的生命，也可以要求处死他们，这时，国王可以根据这个妇女丈夫的请求对这两个人予以处罚。但是，根据法典第190条的规定，如果男女双方属于自愿同居，则他们不构成犯罪。这表明，赫梯社会对于普通的通奸行为，采取的是选择性处罚原则，即关键要看通奸妇女的丈夫的态度，如果其丈夫想严厉地处罚他们，那么，他们就在劫难逃；如果妇女的丈夫不想对他们采取严厉的惩罚，那么，他们就逃过一劫；对于普通男女的同居行为是否处罚，也要看双方是否处于自愿，如果双方处于自愿，就不会受到处罚；但是，根据第188条的规定，假如属于强奸行为，那么就必须由国王来决定是否对强奸者予以处罚，国王有权剥夺他的生命或者保留他的生命。

法典不仅规范了人之间的奸淫行为，而且还有当人与牲畜之间发生关系如何处理的规定。例如，第199条规定，假如任何人与猪或者狗发生关系，则这个人应当处死；假如是牡牛主动侵犯人，则该牡牛应当杀死，而人不应处死；但可以用一头绵羊来代替人，并杀死这头牛。这也反映了在当时可能有这样的事情发生，曾给人造成过伤害。

四、《赫梯法典》的特点及其影响

（一）淡化君权神授的理念

《赫梯法典》与之前出现的古代西亚地区的其他法典（如《李必特·伊丝达法典》、《汉姆拉比法典》）相比，已经开始淡化君权神授的理念，整部法典并没有像前面的法典那样，以序言的形式宣扬国王的神圣，及其那套受命于天的理论，即使在法律条文中也没有发现类似的内容。甚至第126条规定，对于在宫廷大门口盗取军旗这样严重危害国王权威的行为，也仅仅是要求偷盗者交出6玻鲁舍客勒银子了事。

第173条规定："假如任何人破坏国王法庭的判决，则他的房屋应予毁坏；假如任何人破坏大臣的法庭判决，则应砍掉他的头。"在这里，破坏国王法庭的判决所应受到的惩罚，要远远轻于破坏大臣法庭判决所应受到的惩罚。

这种现象反映了赫梯人包括国王的世俗心态，这也是人类社会发展的结果。这或许也可以从公元前1465年由赫梯王国的一位公主的驸马铁列平（Telipinu）登上赫梯国王位后所颁布的《铁列平诏令》第28条规定的王位继承顺序中，得到一些证明。根据该条的规定，不仅第一等级妻子的儿子（王子）能够继承王位，而且第二等级妻子所生的儿子，即次子，在没有第一等级王子的情况下，也可以成为国王；如果国王没有儿子，甚至可以在第一等级的女儿中找出一位丈夫，让他成为国王。这一方面使得铁列平的王位继承合法化，另一方面也为今后依据法律的规定选择继承王位的国王的做法开了先河，它的历史功绩在于：以法律的形式为以后历代国王确立了一个较为稳定的王位继承制度。这是王位与王权逐步世俗化的反映。

（二）以私法为核心

据作者统计，在整部法典中，属于私法范畴的条文约有100条左右，几乎占据全部条文之数之一半。其中既有有关买卖、租赁等各类契约的规定，还有对于财产损坏赔偿的规定，更有关于婚姻家庭、继承等方面的民事规范。除此而外，在规定了对于杀人、伤害、盗窃、放火等多种罪名的刑罚的同时，还多采用民事赔偿、补偿，以及侵害人以自己的房屋做担保等方式作为辅助性处理方式。仅这类条文至少就将近70个条文，涉及到杀人、盗窃、放火、伤害等各类犯罪。难怪有学者认为《赫梯法典》是一部"重民轻刑"的法典，这在古代法典中还尚属罕见。

（三）避开残酷的刑罚，更强调金钱补偿而非刑事惩罚

《赫梯法典》中除了明确规定有处死的刑罚之外，没有再详细规定执行死刑的具体方式，更没有规定残酷的肉刑等刑罚，而是强调对于犯罪者用金钱作为补偿，或者以自己的房产作为补偿的担保，其意即如果犯罪人拿不出法定的赔偿金，那么就可以用自己的房产作为赔偿的标的。例如，法典第一表第1条规定："假如某人在争吵中杀死了男人或女人，则他应安葬他，并交付四头男人或女人，同时用他自己的房屋担保。"第2条规定："假如任何人在争吵中杀死了男奴或女奴，则他应当安葬他，并交付二头男人或女人，同时应自己的房屋担保。"第5条规定："假如任何人杀死哈吐什的商人，则他应交付一又二分之一明那银子，并用自己的房屋担保；假如这是发生于卢维或帕里，则他应交付一又二分之一明那银子并赔偿他的财物。"这里所说的几头男人或女人，是指男奴或女奴。

据作者统计，在整部法典中，直接规定可以处以死刑的仅有7个条文，它们分别是：第二表第126条（在宫廷大门内盗取青铜矛）、第170条（奴隶用巫术杀死被叫名字的人）、第173条（破坏大臣的法庭判决）、第187、188条（与牛或者其他动物发生性关系）、第198条（男女之间的通奸行为）、第199条（人与猪或狗发生性关系），其中，第187、188、198条中所规定的可以处以死刑，还是仅仅作为一种选择性处罚方式，要么由国王认定是否应当处死（第187、188条），要么还要参考犯法者丈夫的意见再来决定是否将罪犯处死（第198条）。

法典中明确规定必须要对罪犯施行肉刑的仅有一个条文，即第一表第99条（奴隶放火焚烧房屋，应割去该放火奴隶的鼻子和耳朵），而明确规定应交国王法庭处罚的也只有两个条文，即第二表第102条（盗窃三他连特木料）和第111条（任何人实施妖术）。

最难能可贵的是，法典第一表第7至16条在关于伤害他人身体的处罚规定中，完全摒弃了《汉姆拉比法典》和《亚述法典》中所遗留的原始的同态复仇的陋习，无论是使人失明、敲落别人的牙齿、诅咒别

人、折坏别人的手足、咬坏别人的鼻子、割去别人的鼻子、割去别人的耳朵等行为，都可以用交付银钱来赔偿。这不能不说是一大进步，这表明早在公元前17和公元前16世纪之时，人类就已经开始摆脱了原始的血亲复仇、同态复仇的野蛮、愚昧的陋习，并且开始走入更为光明、灿烂的法治文明时代。这也把我们传统中所认为的人类开始消除原始的血亲复仇、同态复仇的陋习的时间往前推进了许多个世纪。

（四）架接古代东西方法律文明的重要桥梁

因为《赫梯法典》的全文保存的基本完整，因而，我们得以看到它的全貌。而法典的诸如：避开残酷的刑罚、强调金钱对于犯罪行为造成后果的补偿、摒弃同态复仇等原始的处罚犯罪的方式、慎用死刑和肉刑等特性，又使得其与同一时代的其他东方诸国的法典有着明显的区别，因而，它实质上起到了架接古代东西方法律文明的桥梁的重要作用。

因而，有学者认为，赫梯人的法律文明成果直接影响直至传递给了与赫梯人同为印欧人种族的古希腊人所创造的法治文明，甚至深深地影响了迦南的文明进程。出现于公元前11世纪至公元1世纪的希伯来法，也兼收并蓄地汲取了赫梯乃至古巴比伦、亚述的法律文明的因子。[注]这种影响与赫梯帝国的迅速扩张密不可分。

---

1. 《赫梯法典》的法律条文均引自法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第71—97页。以下不再另加注。
2. 关于《赫梯法典》对于古代东西方法律文明的影响情况，可参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年12月第1版，第290至294页的内容。这里不再赘述。

第五节
摩西律法

一、犹太社会的历史变迁

继苏美尔、巴比伦、亚述、赫梯的法律文明之后，随着古代西亚地区法律文明的渐次黯弱，古代西亚地区另一个法律文明的亮点就是由活跃在两河流域连接地中海东岸的一片弧形地区的犹太人（又称希伯来人）缔造的希伯来文明。

（一）希伯来民族的起源

大约在公元前三千年的年代里，在西亚美索不达美亚的南部（今伊拉克地区），有一个属于闪族的部落，族长名他拉。他的家族住在吾珥城，早在公元前2500年代时，就已经是一座繁华的古代商业中心，但是这座古城约在公元前1950年之后被彻底毁灭了，成为一片废墟。他拉家族从吾珥出发，渡过幼发拉底河西行，经长途辗转跋涉之后，终于来到了迦南地区。这里的原住民是迦南人，迦南人称这批迁入者是从东边越河过来的人为“越河者”，迦南语读音为“希伯来”。之后希伯来便演变成为这个民族的名称。

他拉之长子亚伯兰（希伯来文原意为“尊贵之父”，据《圣经·创世记》记载，上帝曾授命他要改名为亚怕拉罕，含义改变为“多国之父”。）成为这个西迁迦南的部落的首领。自此，希伯来民族的后裔——犹太人都奉亚伯拉罕为自己民族的最早祖先。其与汉姆拉比应是

同一时代的人，也就是公元前十八世纪末期，约为公元前1800年前后。

（二）希伯来民族的形成

亚伯拉罕在到达迦南一直之后没有子嗣，据《圣经·创世记》记载，他在一百岁时才得独生子以撒。以撒娶妻利百加，利百加生孪生子以扫和雅各。这对孪生兄弟相处不睦，迫使弟弟雅各出逃舅家，雅各在舅家娶得舅家两个表妹利亚与拉结为妻，利亚和拉结各带一名使女，雅各因此娶有两妻两妾，这两妻两妾先后共生了十二个儿子，按不同的生母排列为：利亚生流便、西缅、利未、犹太、以萨迹、西布伦；拉结生约瑟、便雅悯；拉结使女辟拉生但、拿弗他利；利亚使女悉帕生迦得、亚设。

但是身在异乡的雅各，非常思念故乡，在率领妻妾众儿和大队牲畜衣锦还乡的途中，雅各改名为“以色列”，这次改名的起因是雅各在还乡途中与一个陌生人的摔跤中赢得了胜利，“以色列”这个希伯来名词是由“摔跤”与“神”两个词语组合而成，所以“以色列”一词的同义是“与神摔跤”。自此，这个富有宗教色彩的名字，也就成为了雅各所率领的这个民族的名字，而雅各十二个儿子以后也繁衍成为希伯来民族的十二个支派，这个民族从此被称为“以色列”民族。

后来，巴勒斯坦发生了大饥荒，迫使雅各和众子避难到富饶的埃及，从此，雅各的子孙在埃及逐渐生长壮大起来。雅各的爱子约瑟曾成为埃及国掌握大权的宰相。

（三）摩西时期的以色列民族

以色列民族在埃及繁盛壮大之后，历经数百年后，在经济上与埃及人的利益发生矛盾，埃及法老逐渐采取奴役和迫害的措施，限制以

色列民族在埃及的发展。这时，在以色列民族的利未支派中诞生了一个后来成为民族解放领袖的摩西。

“摩西”名字的含义是“拉出来”，说的是婴儿摩西是从置于河边芦苇丛中的箱子里被埃及法老女儿发现并收养下来的，因这婴孩是“从水里拉出来”，所以起名为“摩西”。摩西在埃及宫廷中长大，并接受了埃及人的良好教育。但身为希伯来人，摩西对自己民族遭受的苦难犹如身受，他的信仰使他感悟到自己肩负了领导这个受奴役的民族脱离埃及的神圣责任。于是，摩西和兄弟亚伦带领群众与埃及法老进行反复不懈的斗争。

到了公元前1223年以后，摩西和亚伦趁着埃及局势动荡，便毅然率领着被奴役的以色列人从埃及的兰塞起行出离埃及，向巴勒斯坦进发。据《圣经·出埃及记》记载，在经历了千难万险，即使在遭受了他们的领袖摩西去世的打击之下，这支以色列人终于在摩西选定的领袖约书亚的带领下，完成了对迦南全地的占领，并且在他的主持下，完成了以色列各支派的土地分地事业。土地分配的大致情况是：流便、迦得和玛拿西半个支派早在渡过约旦河以前，已预定河东之地为业，即约但河东从南到北分别划归流便、迦得和玛拿西半个支派。其它九个半支派则分配在约但河西岸的土地上，由南到北的顺序分别为西缅、犹太、便雅悯（东半）、但（西半）、以法莲、玛拿西、以萨迦、西布伦、拿弗他利（东半）、亚设（西半）。约在分配土地之后十二年左右，约书亚体衰老迈，最后一次在示剑召集以色列的族长、长老、审判官和官长们立下他的遗命，并与众百姓立约要永远事奉耶和华，而后以110岁高龄去世。

据《圣经·出埃及记》后半部的记载，以色列人出埃及以后在西乃半岛上的最重要的事件就是摩西在西乃山传律法，这部作为《摩西律法》核心的十条诫律出现在《出埃及记》第20章中。这部律法也是古代希伯来法的核心。

（四）士师时期的以色列民族

约书亚死后至统一王国形成这一段时期称为士师时期。

“士师”一词希伯来文读作“Shophetim”，意为“审判者”，士师的职责在平时是百姓中的民事审判官，但在战时又是一位能勇善战的民族的拯救者。《圣经·士师记》中记载有十二位士师的事迹。十二士师中，大小士师各六位，大士师是：俄陀聂、以笏、底波拉、基甸、耶弗他、参孙。这六位大士师的战迹遍及迹南本上东西南北的四面八方，所对付的敌人不同，战斗也是区域性的，卷入战斗的支派也不一致。

士师秉政时期是以色列人建立统一的民族国家前的过渡时期。士师时期的士师仅仅是某一个支派或多个支派所拥立的民间官长和军事首领，并不是全以色列支派所共认的领袖。在这段时期里，各支派间的组织相当松散，面对周围外敌和强悍非利士人的威胁和进攻，以色列人逐渐感悟团结一致，建立坚强组织的必要性。在与人侵敌人的战斗中，他们也更加体验到拥戴一个有智有勇的领袖进行统一指挥的必要性和急迫性。这就是以色列民族从多元统治向统一王国国家统治过渡的基本原因。

（五）统一王国时期的以色列民族

士师时期以后，以色列经历了由扫罗完成的统一的第一个王国和由大卫王、所罗门王统治时期。大卫和所罗门统治时期是以色列民族统一王国存在的年代中无可比拟的百年黄金时代。

（六）分国时期的以色列民族

所罗门王在位时期，本来支派的关系已经分为南北两个集团，南派称“犹太”，北派称“以色列”。所罗门王一死，这个持续不满一百年的统一王国很快就宣告分裂。

所罗门王死后，儿子罗波安继位为王，此时南北支派关系极为紧张。罗波安来到北方的示剑，目的在于进行安抚和稳定局势以确立其王权地位。这时北方支派以耶罗波安为首向新王罗波安提出减轻赋税与劳役负担的要求，遭到罗波安的断然拒绝，随即双方触发矛盾激化。这时，发生了一起导致以色列国分裂的严重事件——罗波安掌管劳役的官吏被北方愤怒的群众打死。北方众支派拥立耶罗波安为北国以色列的王。此事件之后，统一的王国正式分裂为南国犹太与北国以色列。

（七）以色列的亡国

公元前722年，北国以色列被自公元前10世纪开始再度强盛的亚述所灭。北国以色列亡国之后，南国犹太还继续存在了一百二十多年。

公元前626年，亚述王亚述巴尼拔死去，亚述帝国开始走向衰亡。这一年闪族边勒底人那波帕拉萨尔（元前626—公元前604年）占领亚述的南部领土，建立新巴比伦王国，日渐强大起来，并开始与埃及争夺叙利亚、巴勒斯坦的控制权。公元前612年，新巴比伦攻占亚述首都尼尼微城。公元前605年，埃及法老尼哥进兵西亚，占领幼发拉底河畔的卡尔赫米什，直接与新巴比伦发生正面冲突。此次大战，埃及纠合残存的亚述军队参战，经过世界战争史上著名的卡尔赫米什大战，埃及、亚述联军被新巴比伦彻底击败，埃及残军撤回埃及，而亚述帝国也于此年（公元前605年）宣告灭亡。

亚述灭亡之后，犹太国仍暂时处于埃及控制之下。但此时新兴的新巴比伦王国最强大的王尼布甲尼撒（公元前元前604—公元前562年）已经上台，他逐步在西亚舞台上取代埃及的势力范围，并从埃及手中夺取了对巴勒斯坦的控制权。于是，迫于无奈，犹太约雅敬王被迫转而臣服尼布甲尼撒，但他随时伺机背叛。由于约雅敬王忠于埃及反叛新巴比伦，导致尼布甲尼撒进攻犹太，围城之中，约雅敬王猝死，儿子约雅敬王继位。面临强敌围城，他也不能进行抵抗，只得率

臣仆、首领出城投降新巴比伦王。新巴比伦王尼布甲尼撒洗劫了耶路撒冷王宫与圣殿的财富，并将约雅敬王和其家族，宫庭上层人士、官兵和技术人员等一万多人作为战争俘虏掳到巴比伦去。这是巴比伦第八年，即公元前597年的事情，这是犹太国灭亡前的第一次国王被掳。

这次事件之后，尼布甲尼撒立约雅敬王的叔父，也就是约西亚王的另一个儿子西底家为犹太国看守的王。西底家王头四年安份守己，不敢造反。但以后西底家王经受不住多方面的鼓动，不听从耶利米先知审时度势提出的劝阻，终于在公元前588年背叛巴比伦。尼布甲尼撒再度出兵围困耶路撒冷，守城官兵奋起抵抗，坚持了两年之久，但此时耶路撒冷城发生了饥荒，在公元前586年四月初九日（公历七月）耶路撒冷城陷落。西底家王弃城逃跑，在耶利哥附近被巴比伦追兵捕获，被带到巴比伦王之前受审，众子在他眼前被杀，西底家王被剜去眼睛，带去巴比伦。巴比伦的军兵再次掠走圣殿财宝器物。巴比伦王的护卫长尼布撒拉旦一把火焚烧了圣殿、王宫、民房，并拆毁了耶路撒冷的城墙，将城中居民，除留下些最贫穷的人外，都尽数掳到巴比伦去。这就是公元前586年发生的犹太的第二次被掳。除了上述犹太人的两次被掳外，在尼布甲尼撒第二十三年（公元前581年），护卫长尼布撒拉旦又来掳去犹太人七百多名，此次应列为犹太人的第三次被掳。

公元前586年，因为犹太末王西底家的反叛，导致犹太国家的灭亡和众民被掳去巴比伦，代表了犹太历史分国时期的结束，这一时期，历史上称之为“巴比伦囚虏”时期，这次事件就是历史上著名的“巴比伦之囚”。自此以后，犹太人便开始了长达2500多年的在全世界颠沛流离的生活，直至1948年5月14日以色列建国之父、以色列建国后第一位总理大卫·本—古里安宣布《以色列国独立宣言》，宣布以色列国正式建立。

二、摩西律法的主要内容

（一）希伯来法概述

在西伯来人创造的希伯来文明中，希伯来法则又是这个文明体系中极其重要的组成部分，其是维系希伯来人社会的最基本的典章和制度来源，是世界法治文明史上极其重要的组成部分。其生成、发展、演变的过程大致经历了圣经时期（公元前11世纪—公元前3世纪）和塔木德时期（公元前3世纪—公元5世纪）两个阶段。

1.《摩西律法》

《摩西律法》，其包含了宗教教规、道德规范、仪式典礼、司法制度等。希伯来法大约形成于公元前11世纪，终止于1世纪。起初，西伯来国家通行的是习惯法。到犹大王约沙法在位期间（公元前870年—公元前846年），出现了由祭司编写的最早的成文法，包括希伯来习惯、宗教戒条和国王的敕令等内容。至公元前6世纪，随着律法书的不断增多，最终形成《摩西律法》。它是《圣经》中最早成型的经典，被看做耶和华经摩西授予世人的信仰规范和行为原则，同时，它也是一部收录了希伯来成文法的典籍，这部经典与其复杂的注释体系构成了集法律、宗教、伦理三位合一的犹太民族的律法体系和律法原则。

《摩西律法》是犹太教经典中最重要的部分，同时也是犹太国家至高无上的法律规范。全经用犹太人最古老的希伯来文写成，其主要思想是六个重要的教义：神的创造、人的尊严与堕落、神的救赎、神的拣选、神的立约、神的律法。犹太国被灭亡后，它仍以习惯法的形式自动调节和规范着犹太人的生活。

在《希伯来圣经》原文里，《创世记》描述关于上帝创造世界和人类起源和遭遇的故事，旨在说明以色列民族的历史是在上帝的旨意下开展的，以色列人应该世代铭记上帝的恩惠，侍奉上帝；《出埃及记》描述了以色列人在摩西的带领下逃出埃及的故事，“摩西十诫”即出自此章；《利未记》被称为“先知法典”或者“祭祀法典”，因为按照规定祭祀都应该出自于利未部落；《民数记》中因多数提到户口调查

和士兵登记而得名；《申命记》主要意思是“重申法律”，主要内容为劝诫犹太人恪守约法，一心侍奉上帝。

这一时期，希伯来民事规约是希伯来法的核心内容。在《摩西律法》中，几乎涵盖了诫命、律例、礼仪、规则、典章、制度等诸多内容，其调整的对象涉及人与上帝的关系、人与人的关系以及社会生活的方方面面。其所包含的内容涉及财产、土地、婚姻、家庭、继承等民事活动的各个方面。

2.《塔木德》

在希伯来语中，“塔木德”（Talmūdh）的意思是“伟大的研究”，它是一部流传了3000多年的犹太教口传法律汇编，其成书于2世纪末至6世纪初。汇集了公元前2世纪至公元5世纪犹太教有关律法和传统习惯及祭祀礼仪的汇编。其内容庞杂，卷帙浩繁，头绪纷纭，大至宗教、律法、民俗、伦理、医学、迷信，小到起居、饮食、洗浴、着衣、睡眠等，无所不包。它以《圣经》旧约的箴言为开端，接着是神话故事、诗歌、寓言及道德反省和历史回忆，题材广泛，内容鲜活生动，其中充满着生命的智慧和应付危机的良谋，是犹太人智慧的源泉。它与《圣经》、柏拉图的《理想国》、亚里士多德的《政治学》和伊斯兰的《古兰经》，并称为影响人类文明的巨著，是真正的传世经典。其内容分为律法条文、对于律法条文的补编和说明、对于律法条文的阐释三个部分。

有鉴于《塔木德》内容太过庞杂，卷帙太过浩繁，且其主要的精神和基本宗旨在《摩西律法》中已经基本包含，因而，其不作为本书所要探讨的内容，本书仅就《圣经》中所体现的《摩西律法》作一些初步的探讨，以期能够对于历史悠久且内容极其丰富的希伯来法得一孔之见。

（二）《希伯来圣经》

《希伯来圣经》（Hebrew Bible）是犹太教的启示性经典文献，是希伯来人早期历史的唯一记载，其中所讲述的故事、遵守的律法、记载的寓言与圣歌是犹太社会早期历史和民众生活的最好记录。《圣经》的内容和《旧约全书》一致，但编排不同，包括律法书、先知书和诗文三部分，总共24卷。这三部分包括：

（1）律法书：《创世记》（Genesis）、《出埃及记》（Exodus）、《利未记》（Leviticus）、《民数记》（Numbers）、《申命记》（Deuteronomy）。

（2）前先知书——《约书亚记》（Joshua）、《士师记》（Judges）、《撒母耳记》（Samuel）、《列王记》（Kings）、《尼希米-以斯拉记》（Nehemiah-Ezra）；

后先知书——大先知书（《以赛亚书》[Isaiah]、《耶利米书》[Jeremiah]、《以西结书》[Ezekiel]）和小先知书（《何西阿书》[Hosea]、《约珥书》[Joel]、《阿摩司书》[Amos]、《俄巴底亚书》[Obadiah]、《约拿书》[Jonah]、《弥迦书》[Micah]、《那鸿书》[Nahum]、《哈巴谷书》[Habakkuk]、《西番雅书》[Zeohaniah]、《哈该书》[Haggai]、《撒迦利亚书》[Zechariah]、《玛拉基书》[Malachi]）。

（3）诗文：《约伯记》[Job]、《诗篇》[Psalms]、《箴言》[Proverbs]、《传道书》[Ecclesiastes]、《雅歌》[Song of Songs]、《路得记》[Ruth]、《以斯帖记》[Esther]、《历代志》[Chronicles]、《耶利米哀歌》[Lamentations]、《但以理书》[Daniel]。

其中的第一部分律法书所包含的《创世记》（Genesis）、《出埃及记》（Exodus）、《利未记》（Leviticus）、《民数记》（Numbers）、《申命记》（Deuteronomy），通称为五经，又称为“摩西五经”或“摩西律法”，是希伯来圣经中最基本的部分，犹太教教徒相信这五经就是先知摩西所作，而它和诗文中的诗篇又被伊斯兰教列为经典文献之一。

（三）摩西十诫的内容

据《圣经·出埃及记》中记载，由于移居到埃及的犹太人劳动勤奋，且擅长贸易，他们积攒了许多财富。这引起了埃及执政者的不满。再加之执政者对于以色列人的恐惧，法老下令杀死新出生的犹太男孩。摩西出生后其母亲为保其性命就取了一个蒲草箱，抹上石漆和石油，将孩子放在里面，把箱子搁在河边的芦荻中。后来被来河边洗澡的埃及公主发现，带回了宫中。长大后，摩西因失手杀死了一名殴打犹太人的士兵，而遭到埃及法老的追杀，为了躲避追杀，摩西来到了米甸并娶了祭司的女儿西坡拉为妻，生有一子。一日，摩西受到了神的感召，回到埃及，并带领居住在埃及的犹太人，返回故乡迦南。在回乡路上经过西奈山上，摩西独自来到山上得到了神所颁布的《十诫》，即《摩西十诫》。这部《十诫》被认为是犹太人所有法律之源，也是犹太法律体系中最重要的组成部分。

这十诫[注]是：

第一条：“我是主，是你的神，曾将你从埃及地为奴之家领出来，除了我之外，你不可有别的神。”

第二条：“不可为自己雕刻偶像，也不可做什么形象仿佛上天、下地，和地底下、水中的百物。不可跪拜那些像，也不可事奉它，因为我耶和华－你的上帝是忌邪的上帝。恨我的，我必追讨他的罪，自父及子，直到三四代；爱我、守我戒命的，我必向他们发慈爱，直到千代。”

第三条：“不可妄称耶和华－你上帝的名；因为妄称耶和华名的，耶和华必不以他为无罪。”

第四条：“当记念安息日，守为圣日。六日要劳碌做你的工，但第七日是向耶和华－你上帝当守的安息日。这一日你和你的儿女、仆婢、牲畜，并你城里寄居的客旅，无论何工都不可做；因为六日之

内，耶和华造天、地、海，和其中的万物，第七日便安息，所以耶和华赐福与安息日，定为圣日。”

第五条：“当孝敬父母，使你的日子在耶和华－你上帝所赐你的土地上得以长久。”

第六条：“不可杀人。”

第七条：“不可奸淫。”

第八条：“不可偷盗。”

第九条：“不可做假见证陷害人。”

第十条：“不可贪恋他人的房屋；也不可贪恋人的妻子、仆婢、牛驴，并他一切所有的。”

《摩西十诫》据说是上帝在西奈山的山顶亲自传达给摩西的，是上帝对以色列人的告诫。上帝本人将这些话刻在石碑上，送给摩西。但是，后来摩西看到族人根本不听从这些诫条，一怒之下就将石碑毁了。上帝又命令摩西再制作新的石碑，完成后，把石碑放在了约柜（Ark of the Covenant）里。公元前590年，新巴比伦王尼布甲尼撒二世攻打犹太国，耶路撒冷在被困3年以后，终于在公元前586年被巴比伦军队攻占，王宫和圣殿全被烧毁，从此，约柜下落不明。刻有十诫的石碑也就找不到了。

“摩西十诫”作为《圣经》中的基本行为准则，流传了下来，影响深远。它是以色列人一切立法的基础，也是西方文明核心的道德观，直接影响和引导了西方现代法治文明的方向和发展趋势。

（四）《摩西十诫》的来源

《摩西十诫》中的每一则诫命都可以在《圣经·创世记》和其他基督教的经典讲解中追溯到一个故事。

第一诫从本质上说不属于诫命，它以声明（Divrot）形式宣告信仰：“我是主，是你的神。”紧接着是先前叙述的大要总结：“曾将你从埃及地为奴之家领出来。”这一条诫命是有先前的叙述直接发展引申出来的。之后便是对基督徒的具体要求：“除了我之外，你不可有别的神”、“不可为自己雕刻偶像”、“也不可做什么形象仿佛上天、下地，和地底下、水中的百物”、“不可跪拜那些像，也不可事奉它”、“不可妄称耶和华－你上帝的名”，理由是“因为我耶和华－你的上帝是忌邪的上帝”。同时，告诫教徒们：“恨我的，我必追讨他的罪，自父及子，直到三四代”；并且向大家承诺：“爱我、守我戒命的，我必向他们发慈爱，直到千代。”这些全都源自于亚伯拉罕的故事，其中有一则故事叙述如何从偶像崇拜转变成为一神的信仰。《米大示》[注]有个篇章提到，亚伯拉罕的父亲他拉为了证实他反对伪神和人为塑造出来的形象和偶像崇拜不可侍奉，亚伯拉罕的父亲他拉把偶像砸了个粉碎，表示从此绝对不得崇拜其他的邪力乱神，自此，才有了日后禁止基督徒崇拜其他神学的戒律。

第四戒“当记念安息日，守为圣日”，直接来源于《创世记》中创造世界的内容。这里特别强调上帝耶和华六日之内创造了天、地、海，和其中的万物，在劳作了六日之后，第七日便安息了。在这一日你和你的儿女、仆婢、牲畜，并你城里寄居的客旅，无论何工都不可在工作了，因为，耶和华赐福与安息日，并将这一日定为圣日。这就是今天星期日全世界的人都要休息的来历，而且，在这一天信奉基督教、天主教的信徒们必须走进教堂举行礼拜活动。这也是星期日也被称之为礼拜日（天）的由来。

第五诫“当孝敬父母”，源自于《创世记》中父母所蒙受的耻辱。据《创世记》载，雅各用计瞒骗衰老的父亲、西缅和利末由于欺骗并杀害示剑全族，让他们的父亲蒙羞；约瑟哄骗父亲吧小弟弟送到埃及；拉结偷走父亲的偶像，并隐瞒自己的罪行；该隐杀害手足让拂去蒙羞；罗得的女儿把父亲灌醉之后再加以强暴；挪亚的儿子见到父亲的裸身，还叫兄弟来看；亚伯拉罕也骗过父亲，用手段诱使他放弃偶

像崇拜。因此，有人说，《创世记》就是一部子女让父母蒙羞的故事集。第五诫的目的和实际意义，就是要用上天降下的诫命来解决人类世代之间的冲突，以避免《创世记》中所记载的那些类似子女羞辱父母的事情的发生。为此它告诫人们，你只有孝敬父母，不使父母蒙羞，才能使你的日子在耶和华－你上帝所赐你的土地上得以长久。

第六诫不可杀人，源自上帝对挪亚的命令："流他人的血的人，他的血也必被人所流。"这条诫命延伸出的意义就是：因为上帝以他的形象创造了人类，所以人类之间不可相互杀人，否则就是伤害了上帝自己的身体和现象。因此，《创世记》中叙述了该隐、西缅、利末即亚伯拉罕等几起杀人和杀人未遂的事件，却没有凶手被判处死刑。因此，这条诫命显然具有再此强调并以更加清楚的诫命告知人们的意思在内。

第七诫不可奸淫，与《创世记》中埃及法老带走亚伯拉罕的妻子撒莱而遭受大灾；罗得被与他的两个女儿灌醉后强暴并生下儿子；波提乏的妻子引诱约瑟不成而诬陷约瑟；示剑玷辱雅各的女儿底拿等发生的事件有关，这些事件促使十诫中明确地以一条诫命来禁止此类事件的发生。

第八诫不可偷盗，源自于《创世记》伊甸园中，上帝告诉亚当不可偷吃那个分别善恶树上的果子，而亚当与夏娃还是偷吃了禁果，违反上帝的这道命令。此外，拉结偷她父亲的偶像，等事件，都是十诫将不可偷盗作为一条禁令的源头。

第九诫不可做假见证陷害人，直接源自于波提乏之妻做伪证陷害约瑟，后来约瑟又做伪证陷害自己的兄弟。后来人类所奉行的程序正义的法治基本原则，就是从这一条戒律发展而来。

第十诫不可贪恋他人的房屋；也不可贪恋人的妻子、仆婢、牛驴，并他一切所有的，这是一条兜底戒律，它的目的和宗旨是普遍地防止盗窃、通奸、杀人及做伪证等邪恶行为，因此，有必要订立出一条明确的具体戒条来规范人类的行为，以防止此类邪恶的行为发生。

《摩西十诫》在西方社会中具有着巨大的影响力，它不仅是对于信徒的戒律，而且成为了千百年以来西方社会人们遵守的基本道德准则，也是西方各国构建法治社会的思想和精神基础。正是人们对于《圣经》的尊崇，对于《摩西十诫》的高度认可，才形成了当代西方社会的人们对于善恶、美丑的辨别和认知的普遍理念。当今西方社会相对的稳定，与广大民众对于基督教义和《圣经》（《摩西十诫》）所倡导的基本精神的尊崇密不可分。因为，他们已经将宗教所尊崇、倡导的正义的理念与社会和国家所遵循、倡导的理念融为了一体。这是西方社会的民众对于现实生活中的政治体制高度认可，并且社会得以平稳发展的一个重要因素。人们所关注的不是这个国家国体的表现形式是否是共和制还是王国，其政体及其运行是否能够代表民众所尊崇、追求的理想、信仰和要求，才是判定这个政权是否合乎民意，是否能够持续存在和发展的基石和根本之所在。一个没有信仰、理想和敬畏的民族是危险的，也是不可能长期稳定的。

（五）摩西五经的其他有关法治的内容注

1.同态复仇原则

除了十诫之外，与《圣经》有关的法律原则中，最具影响力的就是《出埃及记》中记载的“同态复仇”原则。

《出埃及记》第21章第24节写道：“若有别害，就要以命偿命，以眼还眼，以牙还牙，以手还手，以脚还脚，以烙还烙，以打还打。”

这种一报还一报的原则，或者说，造成的伤害与施加的惩罚，两者必须严格地相当，这样的观点在最初就曾引起过极大的争议。但是，该原则在惩罚全无尺度可言的、人类尚未进入文明社会之前，对于平复和平衡人类的报复之心和过分的报复举动还是具有一定的制约作用的。在同态复仇原则确立之前，不相称的报复原则是人类的常态：你杀我一人，我灭你一族；你把我眼弄瞎，我要你的命；你伤害

我，我凌迟你及你的家人。但是，当人类的文明发展到人类已经开始认识到惩罚必须与其所犯罪行相称，对罪犯的惩罚不能重于犯罪行为所造成的损害之时，同态复仇原则才开始得到普遍的认可。因为，它毕竟显示出了一定的进步意义——不允许使用重于或者超过犯罪行为所造成的损害的、与所犯罪行不相称的、过于残酷的惩罚手段来报复或者惩罚犯罪者，否则就是一种不公正和不公平的法律原则。这里所表现出来的信息是："一命顶多只能偿一命，一眼顶多只能还一眼"，这至少从理论上为血债血还、冤冤相报划下了一个句号，它已经明确地要求和告诫人们报复是应当有限度的，不可以随意而行。只有当人类的文明发展到人类已经意识到人对于社会和人类发展的重要性的文明阶段之时，才能够逐步地放弃同态复仇原则，从而进步到一个对于惩罚也要给予一个严格的限制的阶段，尽管这个阶段的到来是那样的步履姗姗。实际上直至今日，同态复仇仍然没有完全退出人类的意识，否则就不会发生那么多的鲜血淋漓的以血还血、以牙还牙的报仇惨剧了！

2.不可滥杀无辜

《圣经》对程序正义也有明确的要求："不可处决无辜的人，或是获判无罪的人。"这是《圣经》留给我们的宝贵的法律思想的遗产。

3.严禁虐待父母的规定

《出埃及记》第21章规定，打父母的，必须把他治死；咒骂父母的，必须把他治死。可见，摩西律法严禁虐待和辱骂父母。

4.严禁拐带人口的规定

《出埃及记》第21章规定，对于拐卖人口的罪犯，不论他是否把被拐卖者已经出卖，都必须处死他。

5.杀人与伤害人的身体的规定

《出埃及记》第21章规定，打人致人死亡的，必须处死；如果用诡计谋杀他人，即使逃到神坛那里，也应当处死；如果人互相斗殴，而不至死，且经卧床调养后可以站起来扶杖而行，打的他的人可以算作无罪，但要用金钱赔偿耽误的工夫，并要将他完全医好。如果主人用棍子打买来的奴仆或婢女，立时死在他的手下，该主人必须受到刑罚；但如果是打完之后过了一两天才死，主人就不必受刑；如果人们之间彼此争斗，伤害了孕妇，致使孕妇堕胎，但又别无其他伤害，那么致害人要按照被打的妇人的丈夫的要求，按照审判官所判决的结果受罚；如果除了致使孕妇堕胎之外，还造成了孕妇其他的伤害，则可以按照同态复仇的原则，以命偿命，以眼还眼，以牙还牙，以手还手，以脚还脚，以烙还烙，以打还打。

《出埃及记》第21章还规定，如果打坏了奴仆或者是婢女的一只眼，就可以因该奴仆或婢女的眼被伤害，而使得他们获得自由；如果打掉了奴仆或者婢女的一颗牙齿，也可以因他的牙齿被伤而获得自由。

可见，摩西律法把杀人和伤害他人身体的行为看做是十分严重的犯罪，不仅可以判处致害人刑罚，被害人还可以得到金钱赔偿，甚至于可以按照同态复仇的原则予以处理；如果被伤害的是奴隶，还可以因此而获得自由，失去奴隶的身份，成为自由人。这样的规定表明，在当时的以色列人的社会中，用金钱赔偿的方式代替同态复仇，已经成为了现实；而且，奴隶也已经获得了解放的权利。

6.关于盗窃规定

《出埃及记》第22章规定，如果盗窃牛，或羊，无论是杀了还是卖了，盗窃者都要以五牛赔一牛，四羊赔一羊。如果盗贼一无所有，无法赔还所盗之物，就要被卖为奴，以所卖之银钱顶他所偷之物的价值；如果盗贼所偷的牛、羊等还活着，他就要加倍赔还盗窃的牛、羊等牲畜。

第22章还对如何处置被抓住的窃贼，作出了详细的规定：如果窃贼正在挖窟窿为盗窃作准备的时候被发现，而被打了，以致其死亡，那么，打贼的人可以不为他打死贼的行为承担杀人的罪责；但是，如果是在白天发现盗贼正在挖窟窿为盗窃行为做准备，而将贼打死了，那么，打死窃贼的人就不能推卸他的杀人的罪责，应当承担杀人的责任。

可见，那时的法律已经区分了犯罪未遂和犯罪预备。当窃贼在夜里挖窟窿实施行窃行为的时候，如果没有遇见打死窃贼的人用武力及时地制止住了窃贼正在实施的盗窃行为，窃贼的盗窃意图就极有可能顺利实现，而正是由于打死窃贼的人的用武力出面阻止，才使得窃贼的盗窃行为出乎窃贼的意料之外地被阻止了。因而，从窃贼的主观方面看，打死窃贼的人的武力阻止行为是完全出乎正在实施盗窃行为窃贼的意料的，所以，他的盗窃行为的终止完全是由于其意志之外的原因，而非其主动地放弃犯罪行为，因此，其属于犯罪未遂的犯罪状态；而当窃贼在白天挖掘窟窿的行为，可以看作属于犯罪预备状态，其所应当受到的惩罚程度要远远低于其夜里的犯罪未遂状态。因为，按照常理，白天通过挖窟窿入室盗窃获得成功的成功率要比夜里小得多，白天的挖窟窿的行为可以看作是为夜里盗窃做预备或准备活动，属于犯罪预备阶段，而夜里的哇窟窿的行为则可以直接认定为犯罪实施阶段，因此，如果对于实施夜里未遂盗窃行为的罪犯可以判处死刑的话，那么，对于白天实施犯罪预备的罪犯，则就不应当判处死刑。这可能就是摩西律法如此详细规定对于盗窃犯区别对待的主要原因与根据。尽管那时还没有犯罪预备和犯罪未遂之概念和制度。

7.关于奴隶的规定

《出埃及记》第11章规定，如果买来西伯来人作奴仆，他只能服事主人六年，到第七年他就可以获得自由。他如果有妻子，他的妻子可以同他一起回到老家去；如果妻子是主人为他娶的，那么在他服事主人满六年要离开主人时，他的妻子和儿女要归主人所有，他自己可

以独自离去；如果该奴仆表明他爱他的主人和他的妻子儿女，不愿意离开主人，那么他的主人要把他带到法官那里，用锥子刺穿他的耳朵，他就可以永远服事主人，不用离开主人了。可见，那时奴隶的命运已经可以有限地由自己掌握了。

第11章还规定，如果出卖自己的 女儿作别人的婢女，则该婢女不可以像男仆那样随意离开主人。主人如果喜欢她可以把她归自己所有，如果不喜欢她，就可以允许她赎身。如果主人待她不好（用诡诈待她），就不能把她卖给外邦人；主人如果选她给自己的儿子，那就应当待她如同女儿；如果另娶一个女子给他的儿子，也不能减少那个女仆的吃食和衣服等待遇；如果主人既没有把她卖给外邦人，也没有把她给自己的儿子，更没有因儿子娶了其他女子而减少她的吃食和待遇，那么，该奴女仆就可以净身离开主人，而不用钱去赎她。可见，对于女仆离开主人的条件要比男仆严苛得多，其前提条件是该女仆完全听命于主人的摆布，而不得提出异议。

8.关于寄存的规定

《出埃及记》第22章规定，人若将银钱，或家具，交付邻舍看守，这物从那人的家里被偷去，如果把贼找到了，贼要加倍赔还；如果找不到贼，那受托看管邻舍财物的这家的家主就必须就近告诉到审判官，让审判官来判定受托寄存他人财物的家主是否拿了原主的财物而没有还给原主，受托寄存他人财物者是否应当加倍赔偿给丢失财物的人银钱或财物。

第22章还规定，如果有人将牲畜交付邻舍看守，牲畜或死，或受伤，或被赶走，无人看见，那看守人如果向上帝耶和华发誓，他没有拿邻舍叫其寄存的财物，那么，牲畜的原主就要罢休，看守人不必赔还原主所丢失的牲畜；如果牲畜从看守者那里被窃贼偷走，看守者就要赔还本主所受的损失；如果看守的牲畜被野兽撕碎，只要看守者拿来被撕碎的牲畜的遗体作为证据，那么，看守者就不必赔还被野兽所撕碎的牲畜。

可见，摩西律法对于寄存物丢失或受损的责任追究所遵循的归责原则是过错责任原则，即看其是否有保管不善或者不利的过错，如因看守不善而被窃贼窃走；而且看守者负有自己举证来证明自己清白的责任。

9.关于借贷的规定

《出埃及记》第22章规定，如果向邻舍借用的东西受伤或者死去，本主没有与借用者同住在一处，那么借用的人要赔还；如果物主与借用的人同住一处，借用人就不必赔还；如果借用者是被物主雇佣者，借用人也不必赔还。

第22章还规定，如果贫穷的人向你借钱，不可向借钱人收取利息。

《利未记》第25章规定，如果兄弟贫穷，你不仅要帮补他，还要与他同住，他向你借钱，你不可收取利息，借粮食给他，也不可让多还。

这些规定反映了摩西律法遵循《圣经》对于贫穷人应有恩惠，且不得获取不义之财的基本教义。

10.关于损坏他人财物的规定

《出埃及记》第21章规定，如果一人的牛伤了别人的牛，以致于被伤的牛死去，他们二人平分此死牛；如果主人知道伤害别人牛的牛经常触人，主人却不把牛拴着，导致了此次对别人牛的伤害事件，那么伤害别人牛的这头牛的主人要以牛赔还死牛的人，死牛则归自己。

《出埃及记》第22章规定，如果有人在田间或者葡萄园里放牧牲畜时，任凭他的牲畜吃别人田里的种植物，他就必须拿出自己田里和葡萄园上好的谷物和果实赔还给受到损失的人；如果有人点火烧荒，烧毁了别人的柴禾、庄稼，点火烧荒的人必须赔还别人损失的柴禾和庄稼。

可见，那时对于损害他人财物行为的追责原则，遵循的是过错责任原则，即行为人有无过错，是评定行为人是否承担责任的主要依据。

11.动物损害责任的规定

《出埃及记》第11章规定，如果牛触死了人，要用石头把牛打死，却不能吃它的肉，牛的主人可算无罪；如果那触死人的牛素有触人的记录，有人也曾告诉过牛的主人，而牛的主人竟不把牛拴住，致使它仍然触死了人，那么不仅要把牛用石头砸死，牛的主人也必须治死；如果他要用金钱赎命，他就必须按照要求交纳赎金以赎他的命；如果牛触死了奴仆或者婢女，牛的主人要拿出30舍客勒的银子赔偿给被牛触死的奴仆或婢女的主人，还要用石头把牛打死。

可见，那时已经有了动物损害责任的规定，而且已经将动物主人是否采取了安全措施作为确认动物主人是否承担民事责任的前提条件。这与我国2009年12月26日由全国人大常委会通过的《中华人民共和国侵权责任法》第79条："违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任"的规定有异曲同工之处。只是前者比后者规定的要更加实用和明确。

12.物件损害责任

《出埃及记》第11章规定，人若敞着井口，或挖井不遮盖，有牛，或驴，掉在里头，井主要拿钱赔偿动物的主人。但掉在井里死去的牲畜要归井主。

该条与上述的我国《侵权责任法》第91条规定的公共场所、道路施工和窨井等地下设施损害责任也有相似之处，只不过《侵权责任法》中所保护的对象是人，而摩西律法所保护的是财产（牲畜），二者保护的对象不同，但是，其立法的目的和内容是一致的，都是关于因对于地下设施的使用管理不善而产生的损害责任，二者都属于物件损害责任制度，其目的都是为了保护他人或者财产的安全。

13.严厉禁止的犯罪行为

根据《出埃及记》第22章的规定，凡犯有以下犯罪行为的人必须处死：

（1）行邪术的女人；

（2）与兽淫合的人；

（3）祭祀别的神，而不单单祭祀耶和华的人；

（4）亏负、欺压寄居在他家的人（希伯来人在埃及地也作过寄居者）；

（5）苦待寡妇和孤儿的人。

14.对基督信徒的基本要求

（1）不可毁谤上帝；

（2）不可毁谤百姓的长官；

（3）不可迟延地向上帝奉献你种植出来的谷物、酿造出来的美酒；

（4）将头生的儿子和牛羊，在出生后的第八天要归给上帝；

（5）人们在上帝面前应为圣洁的人；

（6）不可食用在田间被野兽撕裂的牲畜的肉，要把它们丢给狗吃。

15.独具特色的婚姻家庭及继承制度[注]

（1）婚姻的缔结

与前述的古代西亚地区最具有的代表的《汉姆拉比法典》一样，犹太人也认为婚姻是两个家庭之间订立的契约（盟约），男女双方的家族据此契约结成家族式的联盟。犹太社会非常重视血统和亲族关系，两个彼此结亲的家族可以组成一个大家庭（家族），他们认为，

这样的大家庭（家族）的联合有利于家族的巩固，并可以此为依托而获得更多的利益与相互之间的帮衬。这种传统一直延续到现在，世界上一些显赫且极其富贵的犹太家族甚至还在延续着不与外族或者非本族通婚的传统，以保证本族血统的纯洁与高贵，同时，也是为了杜绝本家族因与外族或者非本族之间的婚姻而造成本族巨额财富的外流。因此，在当时的犹太社会中，除了为了政治目的国王与外邦人通婚，如所罗门王与埃及公主的婚契、以色列王亚哈与推罗公主的婚约，而普通百姓都以同族联姻为原则，禁止与异族通婚，而流行近亲内选亲，但直系血亲不得通婚。

据《圣经·民数记》第36章记载，约瑟的后裔、玛拿西的孙子、玛吉的儿子基列，他子孙中的诸族长来到摩西和作首领的以色列人族长面前，说："耶和华曾吩咐我主，拈阄分地给以色列人为业，我主业受了耶和华的吩咐，将我的兄弟西罗非哈的产业分给他的众女儿。她们若嫁以色列别支派的人，就必将我们祖宗所遗留的产业加在她们丈夫支派的产业中。这样，我们拈阄所得的产业就要减少了。到了以色列人的禧年，这女儿的产业就必加在她们丈夫支派的产业上。这样，我们祖宗支派的产业就减少了。"摩西按照耶和华的话吩咐以色列人说："约瑟支派的人说得有理，论到西罗非哈的众女儿，耶和华这样吩咐说'她们可以随意嫁人，只是要嫁同支派的人。'这样以色列人的产业就不从这支派归到那支派，因为以色列人要各守祖宗支派的产业。凡在以色列支派中得了产业的女子，必作同宗支派的妻，好叫以色列人各自承受他祖宗的产业。这样，他们的产业就不从这支派归到那支派，因为以色列支派的人，要各守各的产业。"耶和华怎样吩咐摩西、西罗非哈的众女儿就怎样行。西罗非哈的女儿玛拉、得撒、曷拉、密迦、挪阿，都嫁给了她们伯叔的儿子。她们嫁入约瑟儿子、玛拿西子孙的族中，她们的产业仍留在同宗支派中。这是耶和华在摩押平原、约旦河边、耶利哥对面，藉着摩西所吩咐以色列人的命令、典章。

犹太人男女结婚必须遵循一定的法律程序，摩西律法对此做出了详细的规定。

犹太人的结婚必须经过选亲、订婚、聘金、结婚等程序。

选亲。《创世记》第24章记载了一个亚伯拉罕派自己最老的仆人到美索不达米亚为自己的儿子以撒选亲的故事。亚伯拉罕对仆人的一个最基本的要求就是“不要为我儿子娶这迦南地中的女子为妻。你要往我本地本族去，为我儿子以撒娶一个妻子”，并且要求仆人向他起誓。老仆人赶着10匹骆驼到了亚伯拉罕兄弟拿鹤所住的城，为亚伯拉罕的儿子以撒选中了俊美、善良的亚伯拉罕兄弟拿鹤妻子密迦所生的儿子的女儿利百加，并且把她带回了亚伯拉罕所居住的迦南的家中，以撒便娶了利百加为妻。这个故事告诉我们：第一，犹太人不与外族人通婚，必须在本族内的通婚；第二，在犹太人的婚姻中，父母的意志起着决定性的作用，为儿子选妻是父亲的权利；第三，他们选择配偶的标准之一就是被选中之人必须具有一颗善良的心，且要得到女子家里的同意。该故事中老仆人在水井边要求肩扛水瓶从家里出来打水的利百加给他水喝，利百加急忙从肩上取下已经打满了水的瓶子托在手上请这位老仆人喝水，在老仆人喝完水后，她又主动地提出为老仆人的骆驼打水，并且急忙地把瓶子里的水倒在了水槽里，又跑到水井旁边打水，为老仆人带来的所有的10匹骆驼打上水来，让那些骆驼喝足了水。利百加的这些举动一一看在了老仆人的眼里，这位老仆人从利百加对他和这些骆驼的态度上认定这是一个心地善良且手脚勤快、能干的女子，如果能够证实她是亚伯拉罕本地本族的后裔，那么，她就是他这次要寻找的女子了。结果这位女子果真是亚伯拉罕本族的后裔，完全符合亚伯拉罕的要求，于是，在与利百加的家人们当面交流、谈妥之后，这位忠厚、办事干练的老仆人毅然谢绝了主人的挽留，马不停蹄地带着利百加和她的使女们骑上老仆人带来的骆驼踏上了回家之路。

但是，在犹太人社会中，除了由父亲为儿子选定妻子外，犹太人的儿子在父亲指定的选亲范围内，也可以为自己选亲，挑选自己中意的女子。《创世记》第28章记载了一个以撒的儿子雅各自己选娶母舅拉班的女儿为妻的故事。以撒要求儿子娶妻，但是不要他娶迦南的女

子为妻，而是让雅各到巴旦亚兰他的外祖父彼士利家里，在他的母舅拉班的女儿中娶一女为妻。拉班有两个女儿，大女儿叫利亚，小女儿叫拉结，雅各看上了小女儿拉结，但是，拉班要求雅各能够在他家里服侍他7年。7年期满后，在举行完婚礼后的第二天一早，雅各发现昨晚同他同寝的不是拉结，而是拉班的大女儿利亚，雅各便质问拉班为何欺骗他。拉班解释道，大女儿还没有嫁人，先小女儿出嫁，不合他们这个地方的规矩，我可以把我的小女儿也给你，但你要再在这里服侍我7年。雅各答应了拉班的要求，拉班也实践了他的诺言，于是，雅各便娶了拉班的两个女儿为妻。

订婚。在摩西律法中表示订婚的词有受聘、聘定、许配等几种。订婚是男女双方对婚姻的正式认可的必经的法定程序。其表现形式是一纸结婚前男女双方所达成的一种书面许诺。该订婚契约一旦达成，就具有严格的法律效力。在法律上视为法定婚姻的开始，受法律的保护。而且婚约一旦达成不允许解除，女方一旦与男方缔结婚约，便不得另有所爱或解除婚约，否则将遭到舆论的谴责和法律的制裁。

《出埃及记》第22章记载，如果有人引诱没有受聘的处女与她发生性关系，他就要交出聘礼娶她为妻；如果女子的父亲不肯将女子给他做妻子，他就要向女子的家里交出聘礼的钱。

《申命记》第22章记载："若有处女已经许配丈夫，有人在城里遇见她，与她行淫，你们就把这二人带到本城门，用石头打死，女子因为虽在城里却没有喊叫；男子是因为玷污别人的妻。这样，就把那恶从你们中间除掉。若男子在田野遇见已经许配人的女子，强行与她行淫，只要将那男子治死，但不可办女子，她本没有该死的罪，这事就类乎人起来攻击邻舍，将她杀了一样。因为男子是在田野遇见那已经许配人的女子，女子喊叫并无人救她。若有男子遇见没有许配人的处女，抓住她与她行淫，被人看见，这男子就要拿五十舍客勒银子给女子的父亲，因他玷污了这女子，就要娶她为妻，终身不可休她。"

可见，律法对已经订婚的女子贞洁是予以严格保护的。

聘金。聘金是订婚时男方须向女方交纳一定数量的贵重物品或银钱的聘礼，或者在女方家中完成一定时间的劳务，作为对订婚聘礼的抵偿。订婚是男方须向女方交纳聘礼，这是古代西亚地区的习俗，《汉姆拉比法典》等法典中均有规定；前文已述的亚伯拉罕派自己的仆人到美索不达米亚为自己的儿子以撒选亲的故事，在得到利百加的父亲彼士利和和哥哥拉班同意将利百加嫁给亚伯拉罕的儿子以撒的许诺后，这位仆人立即拿出金银、银器送给利百加，又拿出宝物送给利百加的哥哥和母亲。这里仆人送给利百加的金银、银器就是聘金。前文已述的雅各为娶拉结而服侍其岳父拉班前后14年的故事，也是古代西亚地区的一种婚俗。在犹太社会中，聘金既具有定金的性质，也是男方给予出嫁女子的赠礼，女方出嫁时，可以带走聘金的全部或一部分，成为自己的个人财产，在婚姻破裂后，可以作为女方度日的依靠，男方无权收回；如果女子未婚先亡，则由她的姊妹替补出嫁，该聘金就自然转为代替死亡女子出嫁的姊妹所有，男方也不得收回。可见，犹太人的聘金实质上是一种出嫁女子生活的保障金。

结婚。犹太人在男女双方订婚之后，在迎娶新娘时是要举行婚礼的，新婚的夫妻要接受亲戚的祝福，如在利百加要离开自己的娘家去亚伯拉罕家，利百加的亲人在给她送行的时候，他们向利百加祝福道："我们的妹子啊，愿你作千万人的母！愿你的后裔得着仇敌的城门。"据《申命记》第24章的"一般条例"第1条规定："新娶妻之人，不可从军出征，也不可托他办理什么公事，可以在家清闲一年，使他所娶的妻快活"。

根据摩西律法的规定，结婚后的男女双方要互相忠诚。不仅"摩西十诫"的第七诫明确规定"不可奸淫"，而且在《圣经》中也多次记载了如果已婚女子对丈夫不忠、与他人通奸所应当受到的惩罚。如《申命记》第22章中"有关贞洁的条例"规定："若遇见与有丈夫的妇人行淫，就要将奸夫、淫妇一并治死。这样就把恶从以色列中除掉。"不仅如此，即使是丈夫出言不慎侮辱了妻子的贞洁，这样同样要受到惩处。《申命记》第22章中"有关贞洁的条例"还规定，一个男人娶妻，与她

同房之后憎恶她，信口说：“我娶了这女子与她同房，见她没有贞洁的凭据。”女子的父母就要到本城门长老那里，拿出能够证明他们女儿贞洁的凭据摆在长老面前，长老就要拿住此女子的丈夫，惩罚他，并罚他一百舍客勒银子给女子的父亲，该女子仍作她丈夫的妻子，终身不可休她。但是，如果女子的父亲拿不出能够证明他女儿贞洁的凭据，就要将该女子带到她父亲家的门前，本城的人要用石头将她打死。

摩西律法推崇一夫一妻制，但也允许一夫多妻。如果妻子婚后不育的，可以指定其婢女为丈夫之妻。例如，《创世记》第16章记载，亚伯拉罕的妻子撒莱不能生育，撒莱便把一个名叫夏甲的使女给了亚伯拉罕为妾，后夏甲怀了孕。

（2）离婚的理由

离婚，在希伯来民法上也称“休妻”。离婚的理由有许多，且基本掌握在丈夫手里。根据《申命记》第24章的记载，在结婚后，只要丈夫认为妻子做了什么不合理的事情，或者不喜欢她，都可以写一封休书，打发她离开夫家。妇人离开夫家以后，可以去嫁别人；如果后夫也憎恶她，也可以写休书，打发她离开夫家；但是，如果娶她为妻的后夫死了，她的前夫就不能再娶她为妻，因为，她已经被其他人所玷污。

律法也对丈夫的离婚权做出了限制。《申命记》第22章记载，如果丈夫错误地指控自己的妻子不贞洁，他要接受惩罚，并要罚他100舍客勒的银子给女子的父亲，而且，女子仍做他的妻子，终身不可休她；如果男子强奸未许配的处女，就要拿50舍客勒银子给女子的父亲，并要娶她为妻，终身不可休她。这样的规定，实质上是对于丈夫对妻子实施诽谤或强奸行为的一种惩罚。

（3）再婚的限定

希伯来社会允许再婚。《申命记》第25章规定：“弟兄同居，若死了一个，没有儿子，死人的妻不可出嫁外人，她丈夫的兄弟当尽弟兄

的本分，娶她为妻，与她同房。妇人生的长子必归死兄的名下，免得他的名字在以色列中涂抹了。那人若不愿意娶他哥哥的妻，他哥哥的妻就要到城门长老那里，说：‘我丈夫的兄弟不肯在以色列中兴起他哥哥的名字，不给我尽弟兄的本分。’本城的长老就要召那人来问他，他若执意说：‘我不愿意娶她。’她哥哥的妻就要当着长老到那人的跟前，脱了他的鞋，吐唾沫在他脸上，说：‘凡不为哥哥建立家室的，都要这样待他。’在以色列中他的命必为脱鞋之家。”这种“开脱礼”是一种羞辱不愿意娶寡嫂为妻欲摆脱这种义务的人的公开仪式，而被称为“脱鞋之家”的家庭，也要受到众乡邻的谴责和轻视。这样规定的目的一来是为了保持住以色列人家庭的血统的纯净，以避免已经被娶到家庭中的妻子不应她丈夫的死，就使她的贞洁受到其他家庭之外的人玷污，二来也是为了培养以色列人对于自己家庭和家族的责任感，树立起为了家族的荣誉和纯洁而承担义务的勇气和责任心。

在希伯来社会，离婚的寡妇无权再嫁给祭司，《利未记》第21章“祭司圣洁的条例”规定：“祭司不可娶妓女或被污的女人为妻，也不可娶被休的女为妻，因为祭司是归神为圣。”一般情况下，“妇人离开夫家以后，可以去嫁别人”。（《申命记》第24章）可见，离婚后的妇女再嫁不必像少女出嫁时由其父亲做主，她自己就可以决定是否再嫁。

（4）家庭成员的地位

在西伯来人的家庭中，父亲和丈夫的至上地位得到律法的保护。作为一家之长，父亲管理着家庭的全部事务，他的命令不得违抗，他也肩负着保护和抚养全家的义务。母亲和妻子的地位较低，妻子从属于丈夫，将丈夫视为主人，她的主要职责是为夫家生育儿女和操持家务；如果生了儿子做了母亲，可以就家务和养育子女方面向丈夫提出建议。西伯来人这种妻子从属于丈夫的地位，来源于《圣经·创世记》中所说的，女人是上帝用男人的肋骨造出来的，并且对女人说：“这是

我骨中的骨，肉中的肉，可以称她为女人，因为她是从男人身上取出来的。”

根据律法的规定，子女对父母要孝敬，这是“摩西十诫”的第五诫。倘若子女对父母有不敬的行为，必须受到法律的制裁。《出埃及记》第21章“惩罚暴行的条例”规定，打父母和咒骂父母的，“必要把他治死”。《申命记》第21章“对逆子的处置”规定：“人若有顽梗忤逆的儿子，不听父母的话，他们虽惩治他，他仍不听从，父母就要抓住他，将他带到本地的城门、本城的长老那里，对长老说：‘我们这儿子顽梗忤逆，不听从我们的话，是贪食好酒的人。’本城的众人就用石头将他打死。”这样做的目的是把恶从以色列人中间除掉，让所有人都要害怕，以防止这种顽梗忤逆之子的出现。

可见，父母对儿女有生杀予夺的权力。

（5）儿子们的继承权

《申命记》第21章“关于长子继承权的规定”说：“人若有二妻，一为所爱，一为所恶，所爱的、所恶的都给他生了儿子，但长子是所恶之妻所生的，到了把产业分给儿子的时候，不可将所爱之妻的儿子立为长子，在所恶之妻生的儿子之上；却要认所恶之妻生的儿子为长，将产业多加一份给他，因这儿子是他力量强壮的时候生的，长子的名分本当归他。”可见，希伯来社会实行长兄继承制。

但是，摩西律法中也有非长子取代长子获得继承权的记载。例如，《创世记》第25章“亚伯拉罕的其他后代”记载：“亚伯拉罕将一切的所有都给了以撒。亚伯拉罕把财物分给他庶出的众子，趁着自己还在世的时候，打发他们离开他的儿子以撒，往东方去。”以撒是亚伯拉罕的次子，是正妻撒拉所生，而长子以实玛利是撒拉使女夏甲先前为亚伯拉罕所生。可是，亚伯拉罕这样做是有前因的。据《创世记》第16章和第21章记载，当年亚伯拉罕的妻子撒莱不能生育，撒拉主动要求亚伯拉罕与她的使女夏甲同房（收为妾），夏甲为亚伯拉罕生下了长子以实玛利，而当后来撒拉也生了儿子以撒之后，却要求亚伯拉罕

把夏甲和她的儿子赶出去，因为她不允许使女生的儿子与她生的儿子一同承受亚伯拉罕的产业。正当亚伯拉罕为此事而犹豫不决的时候，神（耶和华）对亚伯拉罕说："你不必为这童子和你的使女忧愁，凡撒拉对你说的话，你都该听从，因为从以撒生的，才要称为你的后裔。至于使女的儿子，我也必使他的后裔成立一国，因为他是你所生。"于是，亚伯拉罕打发走了夏甲和她的儿子。后来，在神的护佑下以实玛利住在巴兰的旷野，成为了弓箭手，他母亲夏甲从埃及给他娶了一个妻子。可见，亚伯拉罕非长子取代长子获得继承权的做法也是在得到神的指示的情况下做出的，按照摩西律法的精神，也没有违背律法的本意和宗旨，因为，根据《圣经》的精神，律法的最高解释和执行权本就属于将律法赐予摩西的万能的上帝，亚伯拉罕只能遵照神的旨意去办事，他别无选择。

（6）女儿和女婿的继承

《民数记》第27章"西罗非哈的女儿们"记载了这样一桩案例：一个死去的名叫西罗非哈的人的5个女儿，向摩西和祭司并众首领与全会众面前诉冤说，她们的父亲已死，他没有儿子，为什么就因为我们的父亲没有儿子，就把他的名从他的族中除掉呢？她们要求在她们父亲的兄弟中分给她们产业。于是，摩西将她们的案件呈到耶和华的面前，耶和华晓谕摩西说，西罗非哈的女儿们说得有理，你定在他们父亲的弟兄中，把地分给她们为业，并要将她们父亲的产业归给她们。同时，耶和华也要求摩西晓谕所有以色列人："人若死了没有儿子，就要把他的产业归给他的女儿；他若没有女儿，就要把他的产业给他的弟兄；他若没有弟兄，就把他的产业给他族中最近的亲属，他便要得为业。"耶和华还告诫摩西，他的这番话，要作为以色列人的律例、典章。这也就明确了以色列人的法定继承顺序。此律例在以色列人中一直沿用至今。

但是，此事并未完全了结，《民数记》第36章"承业女子结婚的条例"又进一步规定了西罗非哈的女儿们嫁人之时，"只是要嫁同宗支派

的人”，“凡在以色列支派中得了产业的女子，必作同宗支派人的妻，好叫以色列人各自承受他祖宗的产业”。律法还要求以色列各支派的人，要各守各的产业，不要使他们的产业从这支派归到那支派。这样就明确了一个基本原则：以色列人的女儿只有在嫁给同宗支派的人为妻，才能继承她父亲的产业，否则，她就要丧失继承她父亲产业的权利。

通过《民数记》第36章“承业女子结婚的条例”的记载我们还知道，以色列人女婿也有继承岳父产业的权利：到了以色列人的禧年，“这女儿的产业就必加在她们丈夫支派的产业上”。

三、摩西律法的特点及其影响

（一）来源的神圣性

《圣经·出埃及记》记载了摩西律法颁布的整个过程。

在以色列人打了强悍的亚马力人后，以色列的部族穿过沙漠，进入山区。这些山围绕着一座叫作西奈（Sinai）的石山，西奈因为月亮女神（Sin）而得名。

以色列人来到了米甸，并在西奈山扎营。米甸是摩西岳父居住的地方。摩西带着岳父参观以色列营区。摩西的岳父发现摩西每天为以色列人的一些芝麻小事忙得团团转，于是，他向摩西建议不能亲自替所有以色列人审判断事，而应该教导他們怎么做，然后指派可靠的人來帮助他。摩西接受了岳父的劝告，他认为他应当有更多的时间向百姓传达上帝的意旨。

有一天，上帝在西奈山上呼唤摩西，对他說，只要以色列民众遵守神的约定，他就让他们在万民中成为神的圣洁子民。他还說，三天之后，他将让所有的人看见上帝降在西奈山上，还要让他們都听见他

説話的声音。不过这些人必须用两天的时间洁净自己，到时候听到号角的声音才可來到山脚下。第三天早晨，西奈山上雷电交加，乌云密布，嘹亮的号角声响彻云霄，民众一个个吓得心惊肉跳。摩西赶紧率领大家站在山脚下，迎接上帝的到来。这时候，只见整个西奈山浓烟滚滚，火光冲天，山峦開始震动，号角声愈发嘹亮，上帝开始用雷鸣般的声音向民众颁布了他的“十条诫命”。然后，摩西就和耶和华一起到山顶去接受上帝传达的讯息。

上帝对摩西的传授，一传就是四十天。山下的以色列民众见这么久摩西还没有下来，就决定重新造一个神祇来膜拜。于是，他们把所有的金首饰溶化后塑成一头巨大的金牛，并在金牛像前建造祭坛，准备祭拜金牛。金牛是一个尼罗河流域的人民自远古起就开始崇拜的神祇。众人向它祭拜，献上牲品，并且跳舞，狂欢作乐。从山顶看到这一切，十分愤怒，要立即惩罚这些这么快就忘记了他的戒律的以色列民众，摩西哀求上主原谅他们，于是，上帝让摩西带着他亲自刻成的有十诫的两块石碑下山平息民众疯狂的举动。

摩西平息了叛乱，耶和华决定重新为以色列人立约，并让摩西记录下来。摩西在西奈山不吃不喝又逗留了四十个昼夜。上帝把立约的十条诫命写在两块石版上，摩西拿着他們下了山。这次立的约也被称作十诫，但其内容与第一次立约的十诫有很大不同，其内容如下：

1.不可敬拜别的神；

2.不可为铸造别的神像

3.要守无酵节，吃无酵饼七天；

4.所有头胎的儿子和一切头胎的公牲畜都属于上帝的；

5.守第七天的安息日；

6.要守七七节和收藏节；

7.以色列男子要一年三次朝见上帝；

8.献牲祭时，不可将祭物的血和有酵的饼献上；

9.要献初熟的物品；

10.要送到上帝神殿的祭物，不可用山羊羔母的奶煮山羊羔。

因为这十诫中的绝大部分条款涉及宗教礼仪，因而许多学者称之为“礼仪的十诫”，以便于与前十诫相区别。

可见，摩西律法是上帝耶和华向以色列民众和摩西传达的神的旨意，是所有以色列民众都必须遵守的律法。这些律法也成为了犹太教所有典章、律法的基础和渊源。因而，它们在以色列人的心中具有神圣不可侵犯性。他们的任何行为都不可违背这些神谕，否则就是犯罪，要遭受到神的惩罚。所以，神圣性是摩西律法最明显的特征。

（二）内容的广泛性与综合性

整个律法的内容十分广泛，不仅涉及宗教内容，更多地涉及到了买卖、借贷、寄存、侵权、婚姻家庭、继承、犯罪等世俗间日常的民事、商事行为，因此，内容的广泛性和综合性是摩西律法的一个重要的特征，这也是这些律法的现实意义之所在。这些律法至今仍然是以色列社会人人必须遵守的基本规范。

（三）内容的继承性

长久以来，希伯来民族不断地吸收古巴比伦、古埃及、赫梯等外族的文明，最终造就了独树一帜的宗教和法律。而作为希伯来法的核心——摩西律法，从它诞生形成之际起就源源不断地从古代西亚地区各民族的楔形文字法典和各种法律传统中汲取营养，因而，使得他们在法律文明制度上有许多相同或相似之处，这也注定了希伯来法在法律具体规则的应用上和律法的精神传统上成为了古代西亚地区楔形文

字的最好的承继者和传播者。结合其产生的地理位置和文明起源等诸方面的因素，希伯来法是古代西亚地区法律文明的主要组成部分。(注)

从前述的摩西律法的主要内容来看，其有关买卖、借贷、寄存、婚姻家庭等许多的内容与本章所述的摩西律法之前的古代西亚地区的各个法典都有着千丝万缕的联系。例如，在摩西律法中有55条的规定与《汉姆拉比法典》的规定有相似之处，这直接或间接地证明了摩西律法是将古代西亚地区其他民族的成文法和习惯法，转化成为了本民族特质的戒律，并继续将他们发扬光大。(注)

（四）影响的深远性

希伯来法在吸收了古代西亚各法律文明并造就了独树一帜的宗教和法律之后，在之后一次又一次的民族迁徙中将古代西亚文明的种子播撒到欧洲乃至整个人类世界，其所创立的文明成为了西方文明的源头。虽然，希伯来法在公元前100年时就已经趋于消失，但是，其主要内容和基本精神仍然存在，并且其主体部分犹太教经典《旧约全书》，不仅在留居于西亚各地的西伯来人之间继续适用，而且还出现了诸如据此编纂而成的、传入了巴勒斯坦地区并成为了该地区主要的法律渊源的《巴比伦塔木德》；《旧约全书》的教义又成为了兴起于公元前1世纪、至今影响着大千世界的基督教的基本教义，并以希腊和罗马为中心，逐步发展成为西方的一个主要的宗教体系和法律体系。而在这个宗教体系和法律体系中，则融入了更多的希伯来法的因子，这些因子也成为了西方法律文化中的重要组成部分。后来，希伯来法的许多内容都转化为古代希腊和罗马的礼仪和道德规范；它的一些内容和立法精神不仅成为了罗马乃至基督教法律体系的重要组成部分，并且也是居住在西亚地区的犹太人的法律和中东一些地方的习俗的主要组成部分。例如，前已叙述过的《申命记》第22章中“有关贞洁的条例”规定，如果一个姑娘的父亲要证明自己的女儿是贞洁的，就必须拿来新娘洞房花烛之夜沾有新娘血迹床单作为新娘童贞的证物，否则，

该女子的贞洁将无法被证实。此妥善保存新娘洞房花烛之夜沾有新娘血迹床单以作为新娘童贞的证物的习俗，迄今在中东一些地方仍然被保留着。这是《圣经》的教义的影响力的有力证明。

事实上，在古希腊、罗马文明进入古代西亚地区之后，在已经成为罗马附庸的犹太社会里，摩西犹太教分裂成多个教派，其中脱胎于犹太教的基督教成为了一种充满活力的新宗教出现在了历史的舞台上，而基督教义中所蕴含的丰富的希伯来民事规约依然为基督徒和教区内的居民们所接受与恪守，并成为了中世纪欧洲教会法的主要渊源之一，譬如，什一税制、禁止收取利息、严禁巫术与邪术、排斥与镇压异教、神判法、誓证法等等，甚至可以说，教会法的直接渊源应当是希伯来法。不仅如此，希伯来法所确立的诸多的民事规范的精神及基本制度，如契约精神、婚姻家庭制度、继承制度等，不仅成为了古代希腊、罗马法律文明的重要的来源，而且还成为了西方近代法治体系中不可或缺的重要养素和渊源之一。因此，希伯来法对西方社会法律文明的发展有着比较重大的影响力，它是架接古代西亚文明与希腊、罗马文明间的重要的纽带与桥梁。这也就是我们至今还要研究希伯来法的主要原因和动机，也是我们研究世界范围内人类法治文明发展历程不可缺少的重要组成部分。

---

1. 十诫的英文原文如下：

The Ten Commandments

First

"I am The Lord your God, Who brought you out of the land of Egypt, out of the house of bondage. You shall have no other gods before Me."

Second

"You shall not make for yourself a graven image, or any likeness of anything that is in heaven above, or that is in the earth beneath, or that is in the water under the earth; you shall not bow down to them or serve them; for I The Lord your God am a jealous God, visiting the iniquity of the fathers upon the children to the third and the fourth generation of those who hate Me, but showing steadfast love to thousands of those who love Me and keep My Commandments."

Third

"You shall not take The Name of The Lord your God in vain; for The Lord will not hold him guiltless who takes His Name in vain."

Fourth

"Remember the Sabbath day, to keep it holy. Six days you shall labor, and do all your work; but the seventh day is a Sabbath to The Lord your God; in it you shall not do any work, you, or your son, or your daughter, your manservant, or your maidservant, or your cattle, or the sojourner who is within your gates; for in six days The Lord made heaven and earth, the sea, and all that is in them, and rested the seventh day; therefore The Lord blessed the Sabbath day and hallowed it."

Fifth

"Honor your father and your mother, that your days may be long in the land which The Lord your God gives you."

Sixth

"You shall not kill."

Seventh

"You shall not commit adultery."

Eighth

"You shall not steal."

Ninth

"You shall not bear false witness against your neighbor."

Tenth

"You shall not covet your neighbor's house; you shall not covet your neighbor's wife, or his manservant, or his maidservant, or his ox, or his ass, or anything that is your neighbor's."

2. 《米大示》（Midrash）的原意是“解释”，于公元前200年已有雏形，并于公元六至十世纪成书，是犹太教讲解《圣经》的布道书。

3. 摩西五经中有关法律的内容均引自法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第98—101页。以下不再另加注。

4. 摩西律法中的婚姻家庭继承的内容均见自《圣经》中《创世记》、《出埃及记》、《利未记》、《民数记》、《申命记》。在此引见的《圣经》文本均系出自由中国基督教三自爱国运动委员会、中国基督教协会出版发行，南京爱德印刷有限公司2006年印刷的《圣经》。以下不再一一标注。

5. 禧年（Yovel），犹太节日。依据《圣经·利未记》第25章“禧年”记载，禧年为7个安息年之后的第一年。7个安息年，共是49年，即第49年是安息年，7个安息年之后的第一年即第50年，也就是禧年。依据犹太历，2014年是犹太历5774年，也就是说直至2014年，共经历了115个禧年。在禧年里，犹太人不可耕种和收割地里生长的谷物粮食，也不可摘取葡萄。因为禧年是圣年，犹太人只能吃地里自出的土产。而且，犹太教徒各人

要归自己的地业，若向邻舍出卖什么东西，或是从邻舍手里买进什么东西，彼此不可亏负。

6. 参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第296页。

7. 参见魏琼：《民法的起源—对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆2008年版，第380—381页。

本章结论

这一章内容所研究的是世界法治文明的摇篮——古代西亚地区法治发展概况。在中国以往的世界法制史教学和研究中，对于这一部分的教学和研究除了突出《汉姆拉比法典》的重要性之外，对于苏美尔法典、亚述法典、赫梯法典、摩西律法等古代西亚地区其他的法典，均采取一笔带过，甚至根本不予提及的态度，这些法典几乎成为了中国的世界法制史教学上被遗忘的角落。即使偶尔提及也是一带而过，更不会引起过多的关注。这是对古代西亚地区法治成就的误读和不公正，因为，缺少了这一部分内容的一部世界法制史是不完整和不科学的。事实上，现在已被人类社会所认可和正在适用的诸多法治精神、制度、规则，均来源于古代西亚地区，那被人类已经热炒了数百年的古代希腊、罗马的很多法律制度的渊源也来于此。我们绝对没有理由忽视对于这个地区法律文明的研究和重视。它们是架接人类古代法治文明与现代法治文明的重要的桥梁和纽带。如果说古代希腊和罗马的法律制度是欧洲法治文明的摇篮，那么，古代西亚地区的法治文明则完全可以看做是整个人类世界法治文明的摇篮之一。

古代西亚地区法律文明的丰硕成果，至少可以总结成以下几个重要方面的内容：

一、成功地将“君权神授”理念播撒于人间

古代西亚地区诸法典的一个重要内容就是向人们反复强调“君权神授”这样一个维系古代奴隶制度的最基本的政治、法律理念。不论是《李必特·伊丝达法典》、《汉姆拉比法典》，还是《摩西律法》，均

被灌注了极其鲜明的“君权神授”的理念。他们所采取的方式，要么是写在序言里，要么干脆直接描述神（上帝）传授律法的情形与过程，其目的是要求和警示这些法律和戒律的接受者，必须认真地遵守它们的规定，履行这些法律和戒律所规定的义务，否则，他将受到神灵的惩罚或者诅咒。这是在古代社会里统治者强迫民众遵守和执行法律的最佳的途径和方法。

二、成功地把神的意志与人间的习俗融合起来

对于神的敬畏是古代人类社会所共同具有的一个鲜明的特征。古代西亚地区的诸法典，也有一个共同的特征，那就是在法典中反复要求被怀疑犯罪或者有不诚实行为者在神的面前发誓，以其作为证明自己清白的一个有力的明证，甚至把神判作为判定曲直是非的依据。而且，往往借助于神的旨意把人间的习俗上升为法律，用神的口气指出人类所应当遵守的习俗和戒律。这些习俗和戒律往往又都是已经被民众所认可或者长期遵守的习惯或者公规。比如，《摩西十诫》就是典型的用神的口所立下的要求民众无条件遵守的典章和法律。这种成功地把神的意志与人间的习俗融合起来的作法，是十分高明的，它既免去了需要花费大量的时间和精力去竭力地向民众解释为什么必须要遵守这些律法的繁琐的工作，又使那些对于神具有敬畏心理的民众能够自觉地履行、遵守这些法律所规定的义务和禁令，可谓一举多得。这种“法权神授”的理念，与“君权神授”所起到的作用和效果也具有异曲同工之处。二者共同构成古代社会政治统治的有效体系和机制。

三、隐含了诸多的现代法律规范的精神、观念及其基本制度的影子

在古代西亚地区的法律文明成果中，隐含了诸多的现代法律规范的精神、观念及其基本制度的影子。例如，《汉姆拉比法典》第196、197条规定的“以眼还眼”，表面看来似乎十分原始，毫无正义可言，但“以眼还眼”旨在强调对伤害行为给予精确的报复，这一“同态复仇”的思想比较起毫无节制的复仇来，要进步得多。况且，该原则的适用对象仅局限于全权自由民之间，而对于处于较低等级的半自由民和奴隶，当其人身受到伤害时，则仍采用罚金的原则。在这一意义上，同态复仇也具有一种平等的含义在内。此外，它们所反复确认的诸如契约精神、契约观念、侵权损害赔偿制度，以及对于买卖契约、借贷契约、寄存契约等各类契约形式的认可与适用，完备的保护私有财产制度，确认和保护劳动雇佣关系，保护女儿、寡妇的利益，确认和保护收养关系，明确继承顺序，等等，许多现代民事法律规范和基本理念，在古代西亚地区的法典中，都可以找到它们的影子，这充分反映了当时古代西亚地区法治文明的水平和发达程度，其对于后世世界法治文明的发展都具有十分积极的影响力。

因此，不论从人类法治文明的具体理念、典章、制度的渊源的层面，还是从对人类法治文明发展历程的影响力的层面，古代西亚地区的法治文明，是人类法治文明进程中当之无愧的极其重要的发祥地之一，在世界人类法治文明史上占据着极其重要的、不可替代的地位。

第三章

欧洲政制文明的摇篮

第一节

神的国度

一、神话的精神

希腊神话是欧洲最早的人民口头创作，大约产生于公元前12世纪到公元前8世纪之间。它历经古希腊人数百年口口相传，代代相承，不断地艺术加工，在以后的各种文学、历史、哲学著作中保存下来。希腊神话包括神的故事和英雄传说两个部分。神的故事涉及宇宙和人类的起源、神的产生及其谱系等内容。

相传古希腊有奥林匹斯十二大神：众神之主宙斯，天后赫拉，海王波塞冬，智慧女神雅典娜，射术神及光明神阿波罗，狩猎女神与月神阿尔忒弥斯，爱与美之神阿弗罗狄忒，战神阿瑞斯，火神与工匠神赫淮斯托斯，神使赫尔墨斯，农神德墨忒尔，灶神赫斯提亚。他们掌管自然和生活的各种现象与事物，组成以宙斯为中心的奥林匹斯神统和生活的各种现象与事物，组成以宙斯为中心的奥林普斯神统体系。

“这些英雄的传说起源于对祖先的崇拜，它是古希腊人对远古历史和对自然界斗争的一种艺术总结与回顾。这类传说中的主人公大都是神与人的后代，半神半人的英雄。他们体力过人，英勇非凡，体现了人类征服自然的豪迈气概和顽强意志，成为古代人民集体力量和智慧的化身。最著名的传说有赫拉克勒斯的十二件大功，伊阿宋取金羊毛等。”注

希腊神话中的神与中国古代神话传说中的神的一个最大的不同之处是，希腊神话中的神是与人同形同性，既有人的体态美，也有人的

七情六欲，懂得喜怒哀乐，参与人的活动。神与人的区别仅仅在于前者永生，无死亡期；后者生命有限，有生老病死。希腊神话中的神个性鲜明，没有禁欲主义因素，也很少有神秘主义色彩。因此，希腊神话不仅是希腊文学的土壤，而且对后来的欧洲文学有着深远的影响。注

希腊所尊崇的神不仅有人类的形貌，而且具有人的意志、欲望、性格等，他们拥有超人的能力和非凡的手段。通过对这种神奇的力量和非凡的手段的描写，从而使神更加人性化了，这就是人们常说的希腊的神人同形同性。而古代东方的神话或传说中的神，则大都与人形相异，不是人首蛇身，就是令人畏惧的巨龙等神兽，他们既没有人的七情六欲，也不参与人的活动，最多在人类遭受到灾难时，出来为人类解难，如女娲炼石补天，夸父逐日，后羿射日，具有很大的神秘主义色彩。而且，它们对于中国文学发展的影响也不如希腊神话对于西方文学的影响那样大。

古代东方只把帝王个人推向神界，位同天子，是至高无上的凡人。神性与人性有着天壤之别，神性高于九霄，神秘莫测；人性贱如草芥，任人宰割。所以，东方人并不过多地去诠释神的一切，也不像西方人那样殚精竭虑地为天上地下的众神们编造系统完整的神际关系。事实是，早在公元前3世纪至公元前2世纪，在中国统治者的理念中就已经将神排挤出了国家祭坛的位置，代之而起的则是比神更加虚无缥缈的所谓“天人感应”的理论学说。而在希腊神话的思想中最突出的特点，就是神人同形同性，他们把神请到人间，神性和人性不仅没有本质的区别，而且彼此相融，相映生辉。这使得希腊神话处处流露出浓郁的人性气息，神界那种神秘莫测的面纱，被神人同形同性的观念所彻底揭开，从而使神的形象变得那样优美动人，那样具有现实气息。这种对于神的理解和诠释，对于善良、纯真的人性的培养，具有极其重要的作用。对于神的敬畏，必然导致宗教的发展，而宗教的发展必然会直接影响到社会、政治的特性和发展趋势。而正是这样的神

话和对于神的认知，奠定了西方社会政治、法律、经济发展的土壤，直到我们今天所看到的这样。

笔者认为，古代希腊的这些神话和传说中所表现出来或者反映出来的境界、思想和理念，是人类对世界和社会的一种至高的理想和追求，这些境界、思想和理念，通过世代相传，逐渐成为了人类精神世界的组成部分，甚至成为了引导和指引人类了解和利用自然、建设社会的精神支撑和依托。古代“希腊七贤”之一的哲学家泰利斯·封·弥勒特曾经说过：“神充斥一切！”他指出，古代希腊人几乎都认为世界是神祇创造并由神祇统治的。尽管哲学家们把神祇从形象到内涵都解释得十分抽象，可是这一切并不影响人们对神祇的信仰，因为，对希腊人来说，没有神祇的世界那是不可理喻的。认为神祇就在身边的这种意识逐步发展，最后就成为希腊宗教。而希腊宗教就是孕育希腊文化的母体。(注)而对神祇和神的崇拜与信仰，又恰恰是宗教的起源和核心。

在古代希腊人的世界里，一切艺术、建筑、造型、诗歌、音乐、舞蹈和体育都围绕并且服务于宗教，应宗教的需要而发展。因而，古代希腊人生活在一个虔诚的时代，在人类活动的一切领域内，他们都把人类跟神祇的作用密切相连，甚至钱币也铸印神祇的外貌，从而显示其价值和神圣。宗教还始终是他们最强有力的凝聚力，宗教文化久盛不衰，虔诚的宗教心理几乎成为创造社会文化的源泉。而古老的虔诚的理论基础是合理，即合乎规律的。人们努力地希望与众神祇保持和平，希望寻得平静的安全，愿意把自己的一切献给神祇。公平是这类活动的基础，违反公平的人必须受到惩罚。但当人类一旦卷入了罪恶，就需要出现净化自身和灵魂的思想。起先这种净化只是作为宗教活动的惯例，而后来则成为了道德规范，以至于上升为法律规范。因此，神话以及所体现出来的精神，也是法律和法律思想的渊源之一。

希腊神话在经历了时代变迁和历史风云之后，它几乎成为了古代希腊乃至欧洲一切文化的基本素材。它从传说进入歌咏，从歌咏进入故事，从故事进入戏剧，从戏剧进入希腊史诗，而且还在希腊文化中

生根落户，成为了欧洲文化宝藏。(注)而在这个宝藏中却又反映出了许多古代希腊人对于法治及法治思想的追求与理想，这些追求与理想也是人类法治发展历程中十分重要的组成部分，它们是奠定欧洲法治文明的思想和精神基础。因此，欲梳理和研究全人类的法治进程，如果撇开希腊神话这一部分，不仅是不全面的，也无法准确地理解和把握欧洲法治文明的起源、真谛及其丰富的内涵。

下面我们从几则希腊神话来探讨希腊乃至欧洲法治文明的起源及其基本理念的形成与发展的历程。

二、公正的审判

在取得特洛伊战争胜利之后，希腊联军的统帅阿伽门农凯旋回宫的第一夜，便被他的王后和情夫用利剑杀死在自家的浴缸中。阿伽门农的幼子俄瑞斯忒斯长大后，手刃了他的母亲及其情人，为父报了仇。他杀的虽然是两个有罪的人，且是遵循了阿波罗的神谕的指示。可是，他的复仇行为却招来了复仇三女神的穷追猛打。复仇三女神是黑夜的女儿，她们像她们的母亲一样凶狠。她们身材高大，眼睛血红，头发间蠕动着一条条毒蛇。她们一手执着火把，一手执着蝮蛇扭成的鞭子。她们认为，俄瑞斯忒斯的杀害其母亲的行为实在是有悖天伦的罪孽，因而无论俄瑞斯忒斯在哪里，她们总是跟着他，并立即使他发了疯，俄瑞斯忒斯离开了姐姐，离开了父亲的宫殿和迈肯尼，到处流荡。他的忠诚的朋友皮拉德斯一直跟着他，是他痛苦中的唯一伙伴。但也有一个神祇在帮助他，这便是阿波罗。阿波罗曾吩咐他去复仇，杀死他的母亲，现在仍然时隐时现地和他在一起，为他抵挡咄咄逼人的复仇女神，不让她们加害他。每当神祇阿波罗靠近时，他就感到平静、清醒，否则，就癫狂起来。

这一对不幸的人经过长久的流浪后来到特尔斐。俄瑞斯忒斯避居在阿波罗神庙里，这里是复仇女神不能进入的地方，他得到了一刻的安宁。他因长途跋涉，疲惫不堪，阿波罗满怀同情地站在他的身旁，鼓起他的勇气和希望。“不幸的人啊，请放心吧！我不会离开你。不管我是否在你身边，我都会照顾你，决不向迫害你的复仇女神让步！你虽然还得继续流浪，不过你不会毫无目的地流浪了。你得到雅典去。在那里我给你找一个公正的法庭，你可以理直气壮地为自己辩护。不用害怕！我现在不得不暂时离开你，可是我的兄弟赫耳墨斯会保护你的。”阿波罗将复仇女神从神庙门前驱逐开。于是，阿波罗把俄瑞斯忒斯和朋友皮拉德斯托付给赫耳墨斯，让他保护他们，自己则回到奥林匹斯圣山去。复仇女神因为害怕赫耳墨斯的金杖，只是远远地跟着。但后来她们的胆子越来越大。当两个人平安地到达雅典城时，复仇女神已经到了他的身后。俄瑞斯忒斯和他的朋友皮拉德斯刚走进雅典娜的庙门，可怕的复仇女神，就从门里冲了进去。

俄瑞斯忒斯伏在雅典娜的神像前，朝女神伸出双手，哀求说：“雅典女神，我奉阿波罗之命前来寻求你的保护。请仁慈地收留我吧。我的双手并没有沾上无辜者的鲜血。我被复仇女神追得精疲力尽。我遵从你兄弟的旨意，经过无数的城市和荒野来到你的身边，我在你的像前请求你的裁判！”

复仇女神们突然在他身后大声说：“你这罪犯，我们沿着你的足迹追踪你，如同猎犬追逐牝鹿，我们跟着你滴血的脚印走进了庙门！残杀母亲的凶手，你永远也找不到避难所！阿波罗和雅典娜都无法让你解脱永久的痛苦！来呀，姐妹们，让我们围着他跳舞，用我们的歌声使他陷于癫狂！”

正当她们准备歌唱时，一道神光照亮了庙宇，雅典娜的神像突然消失了，在原地站着雅典娜本人。雅典娜用蔚蓝的眼睛，神情严肃地注视着面前的一群人。

“是谁竟敢闯进来，扰乱圣庙的安宁？”女神问道，“我在庙内看到了怎样的一群客人呵！一个外乡人抱住我的祭坛，三个不像凡人的女人威胁似地站在他的背后。告诉我，你们到底是谁？你们想要干什么？”

俄瑞斯忒斯吓得直哆嗦，他伏在地上，一句话也不敢说。复仇女神们却立即答道：“宙斯的女儿，我们是黑夜的女儿，是复仇女神。这个玷污你的神坛的人杀害了自己的亲生母亲。请审判他吧，我们将尊重你的判决。我们知道，你是一位严厉而公正的女神！”

“如果你们要我裁判，”帕拉斯·雅典娜回答说，“那么，外乡人，你对这三位女神的指控将怎样辩驳呢？请首先告诉我，你的祖先是谁？你的故乡在哪里？你遇到了什么事？然后，你才能洗刷你被指控的罪孽！”

俄瑞斯忒斯这时大胆地抬起头来，但仍跪在地上说：“女神雅典娜啊！我并没有犯下不可饶恕的谋杀罪；我不是用一双不洁的双手抱着你的神坛！我是亚各斯人；你也许认识我的父亲，他叫阿伽门农，是远征特洛伊的军事大统帅，在你的援助下摧毁了普利阿摩斯的卫城。可是，他在凯旋后却惨遭杀害。我的母亲和她的情人勾搭成奸，在我父亲沐浴时，阴险地用一张网把他罩住，并用刀杀死了他。我长久流亡在外，后来我回到祖国为父亲报仇。我不否认，我杀了母亲来报杀父之仇。你的兄弟阿波罗吩咐我这么做的。他的神谕告诉我，如果我不去惩罚杀害父亲的凶手，我就会永远受到折磨。啊，女神，现在请你裁判，我做得是有理还是无理。”

女神默默地沉思了一会儿，然后说：“要我判决的这件案子奇特而复杂，是人间的法庭几乎无法判决的。虽然我仍将召集人间的法官来判决，但你们先来找我也是合理的。我要召集法官到庙里来主持审判，如果法官们难以判决，就由我主持审判。在这段时间内，外乡人将受到我的保护，他可以住在我们的城里。而你们这批暴虐的女神，请你们回去，不要玷污了我的神庙。在开庭前你们不要再到这里来。

双方都得寻找证据和证人，我也将挑选城里最正直最睿智的人，来审理此案，因为这座城市是以我的名字命名的！”

开庭的日期到了，一名使者将雅典娜挑选出来的人都请到城前的一座山坡上。这是供奉战神阿瑞斯神庙的小山，因此被称为阿瑞斯山。女神雅典娜正在山上等候。原告和被告都已经到齐。这时有个外乡人也来了，站在被告的旁边，其实这是神祇阿波罗。复仇女神们一看到阿波罗，就吓得大叫：“阿波罗，你应该去处理自己的事情！你到这里来干什么？”

“这个人，”神祇回答说，“是我应该保护的。他曾经逃到特尔斐，到我的神庙去避难。我为他洗去了血污，因此，我跟他站在一起也是应当的。因为正是我劝他杀掉了他的母亲，并对他说，这是神祇所欢迎的虔诚行为！”

现在，雅典娜站起来，要求复仇女神们提交讼词。“我们可以直截了当地提问，”复仇女神中年龄最大的一个开口说，“被告，请你回答我的问题：你是否杀害了自己的母亲？”

“我不否认。”俄瑞斯忒斯说，可是他已吓得面如土色。

“你是怎样杀害她的？”

“我，”被告回答说，“用利剑割断了她的脖子。”

“谁指使你这样做的？”

“站在我身旁的这位神祇以一则神谕指示我，叫我这样做的。他就在这里，可以为我作证。”俄瑞斯忒斯回答说。接着，他为自己辩护，他杀死克吕泰涅斯特拉时并不把她看作自己的母亲，而是把她看作杀害父亲的凶手。阿波罗也作了精彩的发言为他辩护。但复仇女神也不甘示弱，她们加以反驳。阿波罗描述了谋杀阿伽门农的惨景，认为这是滔天罪行。而复仇女神则指出残杀母亲是十恶不赦的罪行。

当他们辩论完毕，主持审判的女神发言，她说：“让我们现在静候法官们的判决！”

雅典娜把黑白两种小石子分发给每个法官，黑石子表示有罪，白石子表示无罪。投放石子的小钵子放在空地中间，四周围着栅栏。

在法官们投票前，女神从首席审判官的座位上，站起来说：“雅典的公民们，请你们静听你们城市的创建者的发言吧：今天，你们开始了第一场法庭审判。今后，你们将永远保留这种法庭，法庭就设在这座神圣的阿瑞斯山上。从前，在亚马孙人反对忒修斯时，敌方的女英雄曾在这里驻扎，给战神献祭，这座山因此得名。将来，这里就是审判谋杀亲人罪的庄严的法庭。法庭将由城里最公正廉洁的人组成，他们不应受贿赂，他们廉正、严明，全力保护所有的人民。你们都应该维护它的尊严，把它当作全城的支柱。希腊的其他地方和外国都还没有这种神圣的法地。这便是我对未来的希望。现在，法官们请站起身来，记住你们的誓言，为裁判此案投票吧！”

法官们默默地从座位上站起来，排着队走到小钵子那里，把表决用的石子投进去。当所有的人投了票后，由另一批推选出来的居民站出来，细数投入钵内的黑白石子。结果发现两种石子数目相等，这时，决定的一票在雅典娜的手里。

雅典娜从座位上站起来说：“我不是母亲所生的人，我是从父亲宙斯的头里跳出来的，因此我维护男人的权利。我不能站在一个无耻杀害自己丈夫的女人一边。我认为俄瑞斯忒斯的行为是合理的，他杀掉的不是自己的母亲，而是残杀自己父亲的凶手。他应该活着！”说着，她离开审判桌，带了一粒白石子，投在钵子里。然后她回到自己的座位上，庄严地宣布说：“经过投票表决，多数票决定：俄瑞斯忒斯无罪，他获得了自由！”

俄瑞斯忒斯在她宣判后请求发言，他十分动情地说；“女神帕拉斯·雅典娜哟，我是一个被剥夺了祖国的人，你挽救了我，挽救了我的家族，全希腊人都会赞颂你的恩德。他们会说：亚各斯人俄瑞斯忒斯重

又回到了祖先的宫殿，是神祇雅典娜、阿波罗和万神之父的公正拯救了他，否则，这事将不可能发生。我即将回国，乘此机会我愿向这里的国家和人民立誓，亚各斯人永远不会对雅典人发动战争。如果在我死后，我的国人胆敢破坏这一誓言，我的灵魂也将从坟墓里出来惩罚他！再见了，杰出的捍卫正义的女神！再见了，虔诚的雅典人民！祝你们在战时取得胜利，在平时能遵从神意，获得幸福和繁荣！”

说完，俄瑞斯忒斯带着朋友离开了神圣的阿瑞斯山。复仇女神不敢冒犯被宣判无罪的人，此外也害怕阿波罗的神力，更加不敢轻举妄动。可是，她们中那个年长的女发言人还是站起来，对女神的判决表示不服，用恐怖而又嘶哑的声音大胆地反对已经作出的判决。“天哪！你们这些年轻的神祇践踏了古老的法律。可是，你们这些雅典人，将会后悔今天的判决！在我们愤怒的心脏里流淌着怨恨的毒液，我们将把毒液洒遍这块土地，我们受到屈辱和嘲笑的黑夜女神，要让城市和乡村寸草不生，让瘟疫蔓延。”

阿波罗听到她们的可怕的诅咒，十分担忧，他设法劝阻她们，使她们息怒。他说：“你们不该对判决表示愤怒！这并不是你们的失败和屈辱。钵子的黑白石子的数量是相等的。法官们并没有委屈你们。被告必须在两种神圣的义务中选择一种。在选择时他当然要放弃其中的一种。同情在这里取得了胜利。我们神祇承担判决的责任，因此不能埋怨法庭的法官。这是宙斯的旨意！你们不应该把愤怒向无辜的人民发泄。我以人民的名义向你们保证，你们将在这里获得显赫的地位，享有神圣的荣誉，这座城市里的人民将年年献祭，将你们作为公正的无情的复仇女神来敬奉！”

雅典娜也重申了这一许诺，她说：“尊敬的女神们，请相信我，这座城市的公民愿意敬奉你们；男女老少将会歌颂你们；他们将在国王厄瑞克透斯的神庙旁建立你们的神庙！凡不敬奉你们的人，将得不到福祉！”

复仇女神听了这番允诺渐渐平息了怒火，她们仁慈地答应居住在雅典。她们想到能像雅典娜和阿波罗一样在最有名望的城里有一座神庙，这是一种至高无尚的荣誉。因此，她们变得如此温和，以致当着神祇的面庄严地发誓，要保佑这座城市，使之免于干旱、瘟疫和恶劣的风暴，使牲畜繁衍，婚姻幸福，并要与异母姐妹命运女神合作，以各种方式为当地人民造福。她们祝愿人民和睦、安宁。最后，黑夜女神离开雅典。雅典娜和阿波罗再三感谢她们。于是，所有的雅典公民唱着赞歌，欢送她们出城。

从这宗神话记载的案例中看，雅典当时的法庭已经具备了现代法庭的全部要素——原告、被告、检控官、辩护人、法官，有双方平等的诉讼辩论，有权衡法律正义的法官的自由裁量权。这一套由雅典人创造出来的、已有2500年历史的、成熟的审判制度，完全可以看做是现代诉讼审判制度的雏形和渊源。雅典娜所主持的这场审判，并投下的那关键性的一票，已经勾画出来后世欧洲司法原则和法学基本思想的雏形——法庭应由最公正廉洁的人组成，他们不应受贿赂，他们廉正、严明，全力保护所有的人民；民众都应该维护它的尊严，把它当作全体民众的支柱；法官们在行使裁判权时要记住他们的誓言，公正地为裁判案件投票。

这是在向人们宣布法庭的神圣和法官所应当遵守的操守和职责；并且宣示了一条司法的基本原则——决定案件审判结果的不是权威，而是大多数人的意志，这种意志所体现的正是一种正义、合理、公平的理念。这是古代希腊法律理念中公平、公正理念的直接反映。

三、恶法非法

安提戈涅是俄狄浦斯与其母伊俄卡斯忒意外的在双方事前均不知情的乱伦下所生下的女儿。所以从血缘关系来说安提戈涅同时也是她父亲的妹妹，母亲的孙女。她的兄弟姐妹有厄忒俄克勒斯、波吕尼刻

斯和伊斯墨涅。当俄狄浦斯因弑父娶母的罪行而被迫出走时，安提戈涅自愿陪在父亲身边，随他四处流浪，直到俄狄浦斯在科罗诺斯死去。后来安提戈涅的两个哥哥波吕尼刻斯与厄忒俄克勒斯为争夺忒拜统治权而发生冲突。波吕尼刻斯被厄忒俄克勒斯赶走，他愤而召集了包括其岳父、阿耳戈斯国王阿德剌斯托斯在内的六位英雄前来攻打忒拜，引发了希腊神话中著名的七将攻忒拜事件。战斗的结果是两兄弟在单独对决中同归于尽，而除了阿德剌斯托斯和安菲阿剌俄斯之外的所有参战英雄也全部阵亡了。战争结束后，安提戈涅的舅父克瑞翁继承了忒拜王位。克瑞翁为守卫忒拜的厄忒俄克勒斯举行了隆重的葬礼，而宣布攻打忒拜的波吕尼刻斯是叛徒，禁止将其下葬。安提戈涅不顾克瑞翁的禁令，埋葬了哥哥的尸体，因此竟被克瑞翁下令活活砌在波吕尼刻斯的墓中。安提戈涅在墓里自杀身亡，她的未婚夫海蒙得知其死讯后也自杀了。

古代希腊著名的悲剧作家索福克勒斯利用安提戈涅的故事写成悲剧《安提戈涅》和《俄狄浦斯在科罗诺斯》。在这两部作品中，安提戈涅被描绘成性格坚毅、骨肉情深的妇女的形象。

公元前5世纪，安提戈涅的哥哥波吕涅克斯，在发生于底比斯城下的一场战斗当中被打死了，但底比斯的国王克瑞翁却认定波吕涅克斯是作为一个背叛祖国的人而战死的，他不能享有任何荣誉的待遇，相反必须要给予严惩，于是，他临时制定了一个法令，把他的尸体曝尸城下，不允许任何人、以任何的形式哀悼他，也不许任何人，以任何的形式去安葬他，让他的尸体任由乌鸦和野兽吞食，而且他还派了士兵守护在尸体的旁边，并命令他们，如果有人偷偷地去哀悼波吕涅克斯，或者偷走这个尸体去安葬他，那么士兵们有权利当场用石头把偷盗尸体的人砸死。而且他还宣布，这个命令是一道在全国都有效力的国家法令，他要求他的国民必须严格地遵守这个法令。

可是，安提戈涅不能看着她的哥哥曝尸城外，她勇敢地来到了哥哥的尸体旁边，按照当时的一种宗教安葬仪式，在她哥哥的尸体上

边，撒上了三副泥土，以示对她哥哥的安葬。因为，她的哥哥曾经跟她讲过，如果他战死了，希望把他的尸体，运回到我的家乡，安葬在家乡的土地上，而且他还告诉他妹妹，叫他妹妹代他向父老乡亲们谢罪，原谅他背叛了自己的祖国。因此，安提戈涅在明知国王克瑞翁的这样一道法令的情况下，还是去安葬了她的哥哥。结果她被士兵逮住了，士兵们并没有当场用石头砸死她，而是把她带到了国王克瑞翁的面前。因为安提戈涅是国王克瑞翁的外甥女，而且安提戈涅这个时候，已经和国王的儿子订了婚。

当她被带到国王克瑞翁面前的时候，克瑞翁感到很震惊，他没有想到，一个小小的姑娘竟敢如此大胆，公开违犯我的法令，但她毕竟是他的外甥女，而且与他儿子订了婚，就有意法外开恩。于是，他提醒她说，你承认刚才士兵们状告你的罪行吗？安提戈涅当场承认她确实这么干了。克瑞翁又问："难道你就不知道我颁布的那个法令，你是不是不知道呢？不知者不为罪嘛。"可是安提戈涅却回答道："你那个法令是清清楚楚，我是知道的。"

有些恼怒的克瑞翁问道："你既然知道，为什么要明知故犯？"

安提戈涅回答道："葬哥哥这是接受神喻，我在执行神的法律，你所颁布的法令作为法律，我并不否认，可是你不能违背神喻，你不能与神的法律相冲突，而根据神的法律，没有自己的亲生妹妹，不去安葬自己哥哥的道理，也没有让任何一个人去曝尸野外，让野兽吞食的道理，这是神所绝不允许的。"她甚至诅咒克瑞翁国王，说："你违反了神的法律，你才是在犯罪。"

安提戈涅的回答让国王勃然大怒，说："你小小年纪，一个姑娘，你现在知道不知道，在一个比你势力大得多的人手上，掌握着你的命运，你竟然如此狂妄大胆。"

这个时候安提戈涅反而非常平静地告诉国王："你为什么还要拖延杀死我的时间呢，我因为遵守了神的法律，我埋葬了我的哥哥，我认

为我的死也是幸福的，我不会因为我的这种死，而玷污我安提戈涅，这样一个高贵的名字。”

于是，国王最后还是杀了她。

在这个故事里，有几个涉及到基本法理问题需要我们去思考。

第一，法律有层级之分吗？或者说法律也有高级和低级之说吗？

对于这个问题安提戈涅这位小姑娘给出的答案是：法律有神的法律和人的法律之分。在她的心里，国王的法令当然是法律，但是，神的法律要高于国王的法律，当国王的法律与神的法律发生冲突时，神的法律应当高于国王的法律；国王不允许她安葬她的哥哥，并认为她葬她的哥哥的行为犯了罪，这个法令显然违反了神的法律，应属无效。

那么神的法律是什么？就是天理与人情！而天理与人情更是人间法律应当遵守的基本准则。索福克勒斯在他创作的另一部戏剧《俄狄浦斯在科罗诺斯》中，借剧中人之口，抒发了自己对法律深层次问题的思考，他说：“法律诞生于天堂的最高层，并不是凡人创造，遗忘不能使之沉睡，因为上帝赋予了我们永恒的力量。”这一番法律诞生于神的意志的思想，赢得了后世大多数欧洲人的认同，从此“法即天理人情、法律神圣”的理念深入欧美人民的心中，并且成为了欧美人民自觉遵守法律的思想源泉。

依据安提戈涅的理解，她的安葬自己哥哥的行为是完全符合神的意志，是完全遵循了天理与人情，不存在违法的问题；而国王所下达的如果有人偷偷地去哀悼波吕涅克斯，或者偷走这个尸体去安葬他，那么士兵们有权利当场用石头把偷盗尸体的人砸死的命令则是违反了神的法律，也就是违反了天理和人情，当属无效法律，因此，她的安葬自己哥哥的行为自然也不存在违法犯罪的问题。在她看来，尊敬和爱护兄长，是做弟妹的本分，而人死后需要掩埋，则更是一个极其简单的人之常情，甚至是一种权利。不论死者因为何事被处死，即使是

罪大恶极，不准安葬就是显失公平，而埋葬尸体本身就是不言而喻的天理，是神制定的自然法则。而国王自定的人的法律，如果不符合天理，违反人性，那就不是好的法律，人们就没有必要去遵守它。这就引发出了第二个问题——良法与恶法的问题。

第二，法律有恶法与良法之分吗?

在西方法学理论中，有一种良法与恶法的对立的学说，这就是所谓自然法与人定法之间的对立和冲突。他们认为，自然法要高于人定法，因为人的理性是有限的，因而人所制定的法律也不可能是十全十美的、圆满无缺的，那么，根据什么来判断和改进它呢？这就需要有一些基本的法律价值理念。因此他们认为，在人定法之上，还应当存在着某种神秘的、不以统治阶级意志为转移的“天意”，存在着一种由大自然来制定的“自然法则”，这些自然法则包括“自由平等”、“公平正义”，这些自然法则就是天理，就是最高级别的法，人间的一切人定法必须遵循这些天理和自然法则，当人定法违反了天理和自然法则，那就是恶法，人民无须遵守，甚至于可以推翻它，只有那些遵循了天理和自然法则的法，才是良法，人民才应当去遵守，一句话“恶法非法”。这个法治理念千百年来深深地烙印在欧美人的意识里，这种意识的代代相传，终于造就了他们所推崇的法律至上的法治理念。法律必须是全民意志的反映，而非统治阶级的意志的反映。这种理念是推进西方法律文明演进的巨大动力。也正是在这种理念的引导下，西方国家才日益走向繁荣昌盛。

第三，当国王或者政府在要求人民遵守人定法的时候，是否需要加以解释?

当国王要处死安提戈涅的时候，他也曾作出了自己的一番辩解和论证，他说，法律需要被执行，因为城邦需要秩序，秩序需要守法的公民，好公民只做法律允许的事情，不做法律不允许的事情，因此他要坚持法律永不背叛。他也承认，他杀死他的外甥女，其实他的内心世界也还是有痛楚的，但是他认为，他作为一个国王，为了国民的秩

序和幸福，他必须要执行这种法律。显然，他对自己颁布的法令进行了一种正当性的辩护和辩解。虽然这种论证是在安提戈涅的逼迫下作出的，但是，他必须要向全国的臣民阐明他为什么要这样去做，要去杀死这样一个小女孩。因为安提戈涅告诉他说；“你不要以为你的臣民们沉默就是对这个法令的赞赏，他们只不过是惧怕你的权势，相反你的臣民对我安葬哥哥的这样一种行动在内心深处是赞赏的。”所以，国王慎重地做了阐释。

这实际上也表明了一个法理：当一部被人们质疑的法律要被强制执行时，国王（政府）是需要向人民作出解释的，否则，人民不仅可以提出质疑，甚至可以拒绝遵守它。这也是法治社会的一种标志和要求。因为，法律是全民意志的反映，并非完全是统治者意志的体现。

第四，当法律与天理人情发生冲突时，人们应当怎样看待和处理这种冲突?

底比斯所作的《安提戈涅》第三场中有一段安提戈涅与她妹妹争执的场面。安提戈涅还有个小妹妹，名叫爱斯梅娜，因为安提戈涅当时是一个弱小的女子，她希望能够获得她妹妹的支持，共同去安葬她们的哥哥。所以安提戈涅问她的妹妹：“你听到没听到一种神的命令啊，他不仅仅是我的哥哥，也是你的哥哥，让我们去执行这个神的命令吧，去安葬我们的哥哥吧。”她还奉劝她的妹妹说：“真正能够展示我们，能够表现我们是否具有一种高贵血脉的时候到了，我们能够勇敢地去执行神的命令而对抗国王的命令，这实际上能够展示我们那样一种高贵的出身，一种高贵的身份。”

可是她妹妹拒绝了，爱斯梅娜她知道，安葬她哥哥的行为是属于符合天理人情的神的旨意的，她也知道国王的命令，她为什么不去安葬她的哥哥呢?她的考虑是非常现实的，她对她姐姐说：“你还是现实一点吧，因为我们是女人，我们不需要去与男人斗争，统治者比我们强大得太多了，如果我们与这样强大的统治者相对抗，去违背他的命令，那么我们的结果将会更糟，我没有别的选择，请求神饶恕我吧，

你也请求神的宽恕吧。”她提出，她并不是藐视天条，只是没有力量和城邦对抗。

但是，安提戈涅原谅了她的妹妹，她说：“好吧，你去活吧，如果你不害怕违抗神的命令，你不害怕触犯神的尊严的话，而我却要遵循神的命令，我也知道，去安葬哥哥的这种结果是什么，就是死！”

但是她说了这样一句话：“只要我能躺在我所爱戴的哥哥身旁，我就满足了！”

这里面有两种理念和秩序的冲突，而这种冲突需要当事人各方作出选择，安提戈涅、她的妹妹以及她们的那位国王舅舅都深刻地感受到了，而且都十分清楚他们各自都需要做出自己的选择。

国王克瑞翁之所以要颁布这样的一个法令，而且必须要让全国臣民遵循，也进行了正当性的辩护，因为他很清楚，这道法令与人之常情是相悖的，这是人情与法律、秩序之间的一种巨大的冲突。

安提戈涅也深深感觉到了她与国王之间的冲突，这场冲突实质上是法律的义务与她对于她个人生命的价值和意义之间的冲突。她如果不去埋葬她的哥哥，实际上他就受到了国王克瑞翁的法律约束，这对于她是痛苦的。她告诉她妹妹：“尽管我活着，像这样活下去，还生不如死。”如果她去安葬她的哥哥，她知道，她现在要遵守和接受的是神的法律，神的命令约束，虽然，她可能会因此而丧失自己的生命，但是她是幸福的，她认为她能够接受神的这样一种法律，服从于一种神的法律秩序，这对于她个人生命的价值和意义是至关重要的，所以她并不惧怕死亡，她最终选择了勇敢地安葬了她的哥哥，而且勇敢地接受了国王克瑞翁所颁布的这一道法律的后果——被判处死刑。

从这个意义上，安提戈涅是一个悲剧，因为毕竟她死了，但之所以称它为一种悲剧，是因为她这样的一种选择；但是，这样的一种选择是有意义的，是有价值的。安提戈涅基于人情、天理、习俗等人所应当具有的最基本的伦理和血缘关系，用自己的生命去挑战城邦的法

令，按当时的仪式埋葬了兄弟，但由于这一做法，因为违反了克瑞翁国王的法律，她受到了严惩；但是，在她与国王的身后，却引发了千年以来人们对于什么是法律、法律和正义、秩序与人情等法的基本理论和理念的不懈探讨，这就是它的价值及意义之所在！无论是把这样一场悲剧看做是安提戈涅对城邦法的控诉，还是在西方法学中将其称为安提戈涅之怨，总之，这个事件能够成为法学研究和法律实务中的一个千年不朽的话题的本身，就是对于安提戈涅不惜用自己生命去追求和实现自己理想的这种行为的最大的安慰和补偿。

四、国王的权力

忒修斯是雅典王，也是希腊神话中的著名大英雄之一。忒修斯怀着悲痛埋葬了父亲之后，当上了国王。他不仅在战斗中是位英雄，而且在治理国家方面也是个天才，他让人民安居乐业，得到幸福。在这方面他甚至超过了自己树立的榜样赫拉克勒斯。

在他执政之前，阿提喀的居民大多数居住在雅典小城和周围的农庄以及稀稀落落的村庄里。如果要把村民们召集起来，那真是一件十分困难的事。忒修斯把整个阿提喀地区的居民全部集中在城里，把零星的村庄组织起来，建成一个统一的国家。他并没有使用武力完成这一伟大的事业，而是周游各方，亲自去各个村镇，找各方人商谈，征得他们的同意。

说服穷人或低贱的人并不费事，因为他们和富人联合起来并不吃亏。为了说服富人和有权势的人，忒修斯宣布限制国王的权力，并答应制订一部保障他们自由的宪法。“至于我本人，”他说，“我只愿在战争时当你们的首领。平时当一名保护宪法的人。我认为我们所有的居民都应该享受平等的权利。”许多贵族认识到这种改革可能会对他们带来利益，因此持欢迎态度，还有一些守旧的人，畏惧忒修斯在民众中

的威信，畏惧他的权力和惊人的胆量，因此，趁着忒修斯还没有强迫他们的时候，也纷纷表示愿意接受他的劝说。

忒修斯取消了各个市镇的单独的市议会和独立的机构，他在市中心建立一个共同的市议会。他还给全体居民规定了一个假日，并称为泛雅典节，即全体雅典人的共同节日。从此，雅典才发展成为一个真正的城市，被越来越多的人所接受、传诵。从前它只是一座国王的城堡，建造的人把它称作开克虏帕斯堡，周围只有几间居民的住房。

为了更加扩大这一城市，他保证所有居民享有同等权利，以此吸引新的移民，他希望雅典成为一个多民族聚居的中心。可是为了避免大量的人涌来造成混乱，他在新城内把居民分为贵族、农民和手工业者三大阶级，并为各阶级规定了独自的权利和义务。作为国王，他也限制自己的权力。正如他亲口答应的那样，他让国王的权力受到贵族议会和人民会议的节制。

这是一个反映雅典城邦民主政治的一个神话故事。这里至少反映了雅典政制的四个情况：

其一，雅典城邦是建立在各阶级和人民的充分的协商和利益协调的基础之上的，国家的建立必须征得社会各阶级的理解和支持，而不是纯粹依靠武力强迫民众对于政权的认可的。

其二，雅典城邦自建立之初，就十分注意通过各种机制来限制国王的权力，让国王的权力受到贵族议会和人民会议的节制。这也就是造成后世的欧洲各国在他们的发展历程中痛恨和害怕专制和独裁，而向往民主、平等、自由，并能够提出权力制衡、限制王权思想的历史和文化根源。

其三，雅典国王的权力是有限的，他只在战争时是城邦的首领，而在平时则仅仅是当一名宪法的保护人。这是构成后世西方国家政治制度的思想和文化基础。

其四，早在2500年之前，“所有的居民都应该享受平等的权利”的理念已经在雅典社会中深入人心了，而宪法和法律则正是确定各阶级人民各自的自由以及权利和义务的保障和依据，即使连国王也不得成为不受法治约束的具有特殊的权力和待遇的人。

这四项原则即是后世欧美国家构建社会政治结构的思想基础和理论来源。

五、失信的代价

麦肯尼的国王欧律斯透斯向希腊神话中最伟大的英雄、阿尔克墨涅和宙斯所生的儿子、以力大闻名的赫拉克勒斯下达了第五项任务（他一共向他下达了十二项任务）。派他做的这件事似乎是一位英雄不屑干的，即要他在一天之内把奥革阿斯的牛棚打扫干净。奥革阿斯是海洋中的最高神明波塞冬之子赫利俄斯的儿子、金羊毛英雄之一、伊利斯的国王。他养有大量的牛。他的牛群全都按古代的习惯，关在宫殿前面的牛棚里，里面共有三千多头牛。多年来里面堆满了牛粪。

赫拉克勒斯不知道该如何行事，才能在短短的一天内把牛粪清除干净。赫拉克勒斯来到国王奥革阿斯面前，表示愿意给他清扫牛棚，但他没有说这是欧律斯透斯交给他的任务。奥革阿斯打量着眼前这位身披狮皮的魁梧的男子，想到这样一位高贵的武士愿意干一件仆人干的活，禁不住笑了起来。但他又想，私欲诱人，说不定这位武士贪图厚利，要我给他重赏吧。假如他真能在一天之内把牛棚打扫干净，我给他重赏也无妨，可是，这么多牛粪怎能在一天内打扫干净呢？这件事无论什么人都不可能做到。国王想到这儿，自信地说：

“听着，外乡人，假如你真能在一天之内，把宫殿前面的牛棚打扫干净，我将把牛群的十分之一送给你。”

赫拉克勒斯接受了这个条件。国王以为他马上就要动手清扫，但赫拉克勒斯却叫来奥革阿斯的儿子菲洛宇斯，叫他作证人，然后才在牛棚的一边挖了一条沟，把阿尔弗俄斯和佩纳俄斯河的河水引进来，流经牛棚，把里面大堆牛粪冲刷干净。结果，他连手都没有弄脏，就完成了任务。

奥革阿斯这时听说赫拉克勒斯是奉欧律斯透斯之命来做这件事的，便想赖帐，否认他作过诺言，不给赫拉克勒斯任何报酬，还说，赫拉克勒斯如不服，他们可以对簿公堂。

当法官审理时，奥革阿斯的儿子菲洛宇斯出庭作证，宣称那是真的，他的父亲答应给赫拉克勒斯重赏。奥革阿斯大怒，没等作出判决，便命令他的儿子和外乡人立即离开他的王国。

这则故事讲的是一个诚信的问题。赫拉克勒斯之所以答应完成麦肯尼国王欧律斯透斯所交给的十项任务，是因为神神谕曾昭示说，等到这些任务完成后，他可以升格为神。于是他才极不情愿地接受了这些任务。而在完成清扫奥革阿斯的牛棚的任务的时候，他向伊利斯的国王奥革阿斯隐瞒了他是奉了麦肯尼的国王欧律斯透斯的命令来完成这项任务的，因此，他居然要了一个小滑头——想通过奥革阿斯的儿子菲洛宇斯出庭为自己作证而获得报酬，从而惹怒了奥革阿斯，把他赶出了王国。后来，向他下达任务的麦肯尼的国王欧律斯透斯也因赫拉克勒斯在完成任务时要求报酬，而没有把这次清扫奥革阿斯的牛棚的任务算作他应当完成的十项任务之内，而是又给了他第六项任务。实际上赫拉克勒斯前后完成了十二项任务，而其中有两项任务没有算数，这项清扫奥革阿斯的牛棚的任务就是其中之一。

可见，诚信是希腊神话和希腊民众十分关注的问题，在古代及现代西方社会中，诚信被看做是一个人的起码的做人准则，谁违反了这个准则，谁就应当受到责罚，此与摩西律法中“十诫”的要求完全一致。人与人之间的诚信当然也是当代社会得以正常发展的前提和基

础。任何一个法治社会必须将此准则作为社会的一个基本准则，否则就根本谈不上法治社会。

六、虚荣的结局

坦塔罗斯是宙斯的儿子，他统治着吕狄亚的西庇洛斯，以富有而出名。由于出身高贵，诸神对他十分尊敬。他可以跟宙斯同桌用餐，不用回避神祇们的谈话。可是他的虚荣心又使他实在不配享有天上的福祉，于是，他开始对诸神作恶。他泄露他们生活的秘密；从他们的餐桌上偷取蜜酒和仙丹，并把它们分给凡间的朋友。他把别人在克里特的宙斯神庙里偷走的一条金狗藏在家里。坦塔罗斯窝藏脏物，拒不交出，将金狗窃为己有。

有一天，他邀请诸神到家中作客。为了试探一下神祇们是否通晓一切，他让人把自己的儿子珀罗普斯杀死，然后煎烤烧煮，做成一桌菜，款待他们。在场的谷物女神得默忒耳因思念被抢走的女儿珀耳塞福涅，在宴席上心神不定，只有她出于礼貌稍微尝了一块肩胛骨。别的神祇早已识破了他的诡计，纷纷把撕碎的男孩的肢体丢在盆里。命运女神克罗托将他从盆里取出，让他重新活了过来，可惜肩膀上缺了一块，那是被得默忒耳吃掉的，后来只好用象牙补做了一块。

坦塔罗斯因此得罪了神祇。他罪恶滔天，被神祇们打入地狱，在那里备受苦难和折磨。他站在一池深水中间，波浪就在他的下巴下翻滚。可是他却忍受着烈火般的干渴，喝不上一滴凉水，虽然凉水就在嘴边。他只要弯下腰去，想用嘴喝水，池水立即就从身旁流走，留下他孤身一人空空地站在一块平地上，就像有个妖魔作法，把池水抽干了似的。同时他又饥饿难忍。在他身后就是湖岸，岸上长着一排果树，结满了累累果实，树枝被果实压弯了，吊在他的额前。他只要抬头朝上张望，就能看到树上蜜水欲滴的生梨，鲜红的苹果，火红的石榴，香喷喷的无花果和绿油油的橄榄。这些水果似乎都在微笑着向他

招呼，可是，等他踮起脚来想要摘取时，空中就会刮起一阵大风，把树枝吹向空中。除了忍受这些折磨外，最可怕的痛苦则是连续不断的对死神的恐惧，因为他的头顶上吊着一块大石头，随时都会掉下来，将他压得粉碎。

坦塔罗斯蔑视神祇，被罚入地狱，永无休止地忍受着三重折磨。

身为奥林匹斯主神之首，众神之主，天空、雷电、乌云之神宙斯的儿子的坦塔罗斯，竟然为了虚荣心妒忌诸神享有的天上的福祉而不惜犯下了偷盗、杀子的滔天大罪，因而受到了神的严惩。这也是在告诫那些有虚荣心和嫉妒心的人，虚荣和嫉妒乃万恶之源，不要为了满足自己的虚荣心而对他人心生妒忌，甚至不惜因此而犯罪，只有虚怀若谷、坦荡做人，不以自己的出身而自以为是的人，才是值得大家尊重的人；否则，高贵的出身给你带来的可能不仅仅是福祉，也有可能是灾祸。

---

1. 唐译编译：《古希腊神话》，中国戏剧出版社2008年版，前言。
2. 唐译编译：《古希腊神话》，中国戏剧出版社2008年版，前言。
3. 参见唐译编译：《古希腊神话》，中国戏剧出版社2008年版，第301页。
4. 参见唐译编译：《古希腊神话》，中国戏剧出版社2008年版，第310页。

第二节
雅典政制

一、法律的公布

雅典不是没有成文法，据亚里士多德所著《雅典政制》记载，雅典的法律写在牌子上，牌子立在巴西勒斯柱廊里，所有雅典公民都要在写有法律条文的牌子前宣誓遵守法律；执政官也要对法律宣誓，说他们如果违反任何一条法律，就得奉献一个金人像。梭伦曾经规定，这些法律要百年不变。这表明，早在雅典时期，法律就已经被公布于众，而且成为了全体雅典公民必须遵守的行为准则，执政官也不例外。可见，在那时法律就已经不是统治者独自占有和神秘的了，而是成为了调整各类社会关系的社会性规范，具有了强烈的社会性和全民性，人民不但知道这些法律的具体内容，而且自觉地去遵守它们，把它们当做判定人们的行为是否正确和调整各类社会关系的重要的工具和标准。

二、公民权的获得

据亚里士多德《雅典政制》记载，在雅典，凡父母双方均为公民者均有公民权，公民在18岁时在他所居住的村社的名簿中登记。当他们登记之时，村社成员对他们宣誓投票，作出决定，以确定首先，他们是否达到法定年龄，如果认为未到年龄，他们便复归于儿童之列；其次，该候补人是否为合法出生的自由民，如果投票认为他没有自由

民身份，他得向陪审法庭申诉，村民中选出5人与他辩论，如果法庭判决他并无登记的权利，国家便把他出卖，但如果他胜诉，村民便必须让她登记。然后，议事会检查登记者的名单，如发现任何未满18岁，许他登记的村民便要受罚金的处分。那些被审查通过的年满18岁的丁男（公民）便被集结成队伍，由部落选举出来的将军统率，并由民众会选出来的竞技教练和一些教师训练他们使用弓、投枪和投石器。这些经过训练的丁男，负责守卫各港口和要塞及村落的安全。教练官和丁男每人都按照规定领取他们的津贴费，他们被允许豁免一切赋税，并不得被人起诉，也不得起诉他人，目的是不让他们借口请假而影响他们履行职责。等到这些丁男服兵役两年期满，他们才可以正式成为普通公民集团的成员，即享有公民权。可见，雅典对于普通人获得公民权的要求是很严格的，反映了雅典社会中对于一个人是否享有公民权的重视，因为，根据雅典法律，雅典任何一个有公民的人都享有选举权和被选举权，这可以看做现代公民选举权的渊源和雏形。

三、人民的分等

雅典梭伦改革中的一个重要举措就是按照每个公民财产的多寡，把人民分成四个等级：五百斗者、骑士、双牛者和日佣。这四个等级的人，分别享有不同的权利：执政官、司库官、公卖官、警吏和国库监，在五百斗者、骑士和双牛者中，按照他们各级的财产估价比率，指定以相应的官职；列在日佣等级的人，可以充当民众会和法庭的成员。而对于财产的估价标准是：任何人的地产和动产加起来达到五百干质斗和流质斗者，应评估为五百斗级；地产和动产加起来有三百斗者，或者有能力保养匹马者，应评估为骑士级；凡有干质和流质加起来共二百斗者，应评估为双牛级；其余的财产不足二百斗者则属于日佣级，不得担任任何官职。

四、公民会议

雅典的最高权力机关是公民会议。公民会议的开会地点在雅典卫城以西一片空场地上。大约在每36天中，公民会议循例要在这里开四次会议。开会的通知一般在会前的五天就公布在市场上，要在会议上讨论的提案，也同时公布。遇到非常紧急的临时会议，这些形式上的手续可以不必拘守，只要派几名传令吏在街上大声喊叫，或是在市场上烧起一炷狼烟，人们就知道公民会议是在召唤有公民权的人去讨论紧急问题了。

公民会议场所没有座位，参加会议的人都坐在向着讲台微微倾斜的地面上。讲台是由一块巨石凿成的，两面都有台阶。在讲台的前面，有一个祭坛，每逢会议开始，祭坛上就宰杀一头乳猪。一个宗教执事拿着乳猪在会场上绕行一圈，以祛除不洁之物。在讲台偏后，平放着几块木板，那是议事会主席团的座位。讲台上还有一张专为主持会议的人设置的椅子。此外，会场上再没有其他的陈设。

会议一开始，照例由传令吏宣读经过五百人会议审核通过的提案。提案宣读以后，会场上顿时沉寂了下来，人们在等候一场剧烈的辩论。这时，传令吏又高声问："谁要发言？"接着一个群众所熟悉的人物登台发言。当他登上讲台，主席传给他一个月桂花冠，以示大会允许他发言。他将花冠戴在头上，然后就滔滔不绝地雄辩起来。当他讲到关键问题和观点时，台下的支持者就报以欢呼，反对者则高声怪叫。他的结束语往往是一个庄严的宣誓："皇天后土，实鉴此心！"等他走下讲台，传令吏又高呼："有谁发言？"这时反对提案的人走上讲台，戴上花冠，又是一场激动人心的演说。就这样如此轮番地争辩下去，但在针对同一提案的辩论中，任何人不得作两次发言。等双方的意见说完了，主席就宣布表决。估计会遭到失败的一方，这时往往会以"听见打雷了，天要下雨了"这类不吉之兆为借口，要求休会，希望在休会后重新组合力量，准备再来一次辩论。如果此时真的听见了雷

声，有了下雨的可能，这个要求休会的提议可能会被接受；如果天气依然清朗，主席可以拒绝休会的要求，照样进行表决。一般提案的表决是用举手的方式，有关个人的选举或放逐的事情，则多用投石或其他票决的方式。从讨论到表决，常常要费去一个早上的时间，表决以后，传令吏在主席的示意下宣布散会。人们拿起坐垫或外袍议论纷纷地退出会场。这样，雅典人就算行使了一次公民的政治权利。

从当时的历史条件来看，雅典人的政治生活是比较民主的。公民会议的讲台向雅典每一个公民开放，一切有关国家大政的法案必须听候会议的表决。这种制度在当时无疑是进步的，它对雅典经济和文化的发展起了积极的促进作用。但是，它又是具有局限性的：

首先，在雅典，享有公民权的人数很有限，占全雅典居民大多数的奴隶、外邦人和妇女没有公民权，他们都没有资格参加这样的公民会议，更不用说发表自己的意见了。其次，在为数不多的雅典公民中，实际上能够参加公民会议的又只占一个很小的数目。公民会议开会的时间照例使早晨，这对于居住在城市里面的公民来说参加会议没有多大困难，但是，散居在阿提卡各个村社的公民，就很难按时赶到会场开会，因此，虽然全雅典的公民约有二三万人，而公民会议的通常到会人数却往往只有二三千。这就是说，实际上只有十分之一的公民能够在公民会议上行使自己的政治权利。再次，即使每个公民都有权在会议上提出议案或建议撤销现行的法令，但是，如果经过公民法院的判决与雅典基本法相抵触，不但法案本身要被宣布为违法，而且，原提案人还要负法律上的责任，受到处罚。因此，这种由部落时代的全体成年男子会议发展而来的公民会议，其仍然还带有原始时代的残余。

但是，无论怎么说，能够在两千多年之前的雅典培育出带有如此民主氛围的民主政治形式，实在是一个创举，它较之东方社会中至今还未扫尽阴霾的专制政治要显得进步得多。

五、议事会

1.议事会的产生和任期

议事会是雅典的权力机构。其是由抽签选举产生的，议员共500人，每一个部落选出50人，主席职务由各部落轮流担任，其轮执的次序由抽签决定，前四部落每一部落任职36日，后六部落每一部落任职35日，因为，当时雅典的年历史按阴历计算的，每月29日或30日，全年354日，前四部落每一个部落任期36日，后六部落每一个部落任期35日，前四部落与后六部落任期总数相加刚好是354日。

2.议事会的议事程序

议事会设有主席团，担任主席团职务的人可以从国家领到一笔钱，一起用餐，然后召开议事会和民众会（公民会议）。议事会除节假日外每日开会，民众会在每一主席团任期内开会四次。主席团负责公布议事会应办公事的书面通知、日常事务程序以及开会的地点，以及民众会会议的书面通告。民众会中有最高会议，会议投票选出称职的官吏，讨论粮食和国防问题；在会上可以检举揭发官吏的不法之事，宣读对于犯法者没收财产的目录，宣布有关遗产和女继承人的申请名单，以便使大家都能知道任何无人继承的这一类财产的情况。会上决定对于某人是否要实行贝壳放逐法和那些被控恶意告发者的先期对人告密是否要受理，并决定是否要对曾向人民提出许诺而没有实现的案件起诉。此外，大会还要讨论民众提出的意见和请愿问题、宗教问题、外交问题和世俗其他事情。

主席团有一个总主席，由抽签选出；他任职一日一夜，不得延长，也不得再度任职。他是保存国家金钱和档案的庙宇的锁钥保管者，国玺保管者，他必须和他所指定的主席团的三分之一成员一起留居于议事厅内。当主席团召开议事会或民众会时，这个总主席就以抽签形式选出主席9人，每部落1人（担任主席团的部落除外），在这9人中选出一个总主席，并把程序单交给他；新选出来的总主席接受程序

单后检查议程，提出需要讨论的事件，并担任投票检查人，指挥一切其他事务，并有权解散议事会或民众会议。任何人不得在一年中担任两次总主席，但是他在每一届主席团任期中可以担任一次主席。

3.议事会的职权

（1）主持民众会选举司令官、骑兵司令和其他军官的选举活动。

（2）通过判定某人有罪与处罚的判决，但是，在议事会作出决定后还须将案件送交陪审法庭，陪审法庭的法官经过投票作出的判决具有最高效力。

（3）审判被指控的官吏，特别是那些处理基金事务的官吏；

（4）审查将于次年任职的议员的资格以及九执政官的资格；

（5）检查业已建造的三列浆船及其装备，以及海军碇泊所，并依民众会的投票决定建造和装备新的三列浆船或四列浆船，建造海军碇泊所；在议事会成员中选举10人为船舶建造者，并监督一切公共建筑物，把有旷职嫌疑的官员报告给民众会，并经判决后，把嫌疑人交给陪审法庭审判。

（6）参与司库官保管雅典娜和胜利像以及其他纪念品和基金、公卖官出租包揽公共事业，如矿坑、赋税等其他行政事务。

（7）检查骑兵的战马、骑兵和步兵的战备情况。一旦发现饲养良马的人在恶劣条件下保养它，议事会即可处他的刍秣费的罚金，如果发现马匹不能作为战马使用，议事会即在马的口边烙上一个车轮记号，以示此马不合格，没有通过检查。议事会一旦发现骑兵的哨兵不符合哨兵的职分，任何被议事会投票否决的人即被革职。如果议事会发现步兵不符合要求，即可停止士兵的薪饷的发放。骑兵名册要由司令官交给议事会，议事会将骑兵的名字公布于众，并有权投票决定是否将合格的骑兵士兵登记入骑兵名册或者将不合格的士兵予以除名。

（8）与军事基金管理员共同监督胜利神像的建造以及泛雅典娜赛会的奖赏。

（9）检查无力之人。根据法律规定，凡财产不足三明那而又以体力衰弱不能从事任何工作者，应由议事会审查，并有议事会从公众开支中供给他粮食津贴，每人每日以两个俄勃儿为度。

（10）参与最大多数其他官职的行政事务。

六、执政官

（一）产生

公元前8世纪左右，曾经作为最高首领的“王”（巴塞勒斯）已为执政官所取代。执政官先为终身制，后改为十年一任，最后于公元前683年又改为一年一任；执政官人数也逐渐由1人增至3人，后到公元前7世纪中叶又增为9人，称九执政官，执政官中有一人为首席执政官，亦称“名年执政官”，就以他的名字作为他在任之年的年号。当时，执政官的职位都为贵族所把持。执政官卸任之后，就进入贵族会议。

梭伦改革规定，国家的官职先由各部落分别投票选候选人，然后就这些候选人中抽签选举。九执政官产生的程序是：每一部落先行预选10人，然后就就这些人中抽签选举。但是根据梭伦规定按财产等级抽签选官，执政官必须在五百斗级中抽签选举产生。

（二）划分

雅典执政官分为执政官、王者执政官、军事执政官和司法执政官，他们各有两个助理员，由他们自己选择，这些人的资格在其任职之前要由陪审法庭审查，当他们卸任时，并须作报告。

（三）职责

执政官的职责：

（1）在雅典最富有的人中任命三个参加每年五月举行的狄俄尼索斯节悲剧合唱队队长和一个运送青年浆船的游行队长；

（2）监督雅典节日中的游行队伍；

（3）把向他提出的刑事和民事案件，在经过他的初审后送往陪审法庭。这些案件包括：虐待父母案、虐待孤儿案、虐待女继承人、损害孤儿财产案、因心神失常而造成损害他人财产案、指定清算人案、保护责任之建立案、对于竞争要求保护责任之决定案、关于货物或证件之提出案、保管人之登记案、对于财产和对于女继承人之要求案；

（4）处罚侵犯孤儿和女继承人以及夫死之后宣称有子的妇人的权益的罪人；

（5）将孤儿和女继承人的房屋出租直到他们十四岁为止，并收取租金；

（6）勒令那些断绝赡养的保护人维持小孩的生活。

王者执政官的职责：

（1）主持和指挥秘密祭祀活动；

（2）主持所有传炬竞走的比赛；

（3）主管审判不敬神罪状和争执继承僧职的法庭；

（4）宣判各氏族间和各僧侣间一切特权的争执；

（5）提起和审理杀人或伤人的案件。

军事执政官的职责

（1）奉祀女猎神阿耳忒密斯和战神厄泥阿利宇斯；

（2）办理纪念战争死者的丧礼竞技活动；

（3）提起和审理涉及普通和特权异邦人以及外国代表的私人诉讼案件；

司法执政官的职责：

（1）准备陪审法庭审判的日期表，并把这些日期表发给官吏，这些官吏必须依据司法执政官所分配的程序进行司法活动；

（2）向民众会提起公诉案件，并提出一切撤销官吏职务的决定。这些案件包括：民众会所发出的先期告发案件、对于不法程序的弹劾；对于违法案件的起诉；对于主席或总主席的控告；

（3）审查司令官的账目；

（4）审问恶意告密、贿赂、虚记公家债款、冒充证人、阴谋、抹销未付债款、奸淫等案件；

（5）提起所有有关官职资格的审查案件、被村社投票否决的公民权的断定案件、经议事会通过的罪状的判决案；

（6）提起商业和采矿案件的私人诉讼、奴隶诽谤自由人的诉讼；

（7）以抽签的方式指派公事和私事的陪审法庭组成人员；

（8）批准与他国订立合约；

（9）审理根据与他国的合约而发生的案件；

（10）向法庭提起伪证控告诉讼。

七、其他官吏

除了执政官之外，雅典还设有以下官职：

1.公卖官10人，他们由各部落以抽签的方式选出，在议事会的参与下和军事基金司库官的合作下，具体负责出租一切公共包揽事业、出包矿坑和赋税、批准经议事会投票许可的人承包国家出租的矿坑等事务。

2.收款官10人，他们由各部落以抽签的方式选出，负责管理登记公共事业出租所得费用和缴纳赋税的表格，并向议事会提出分配这些款额的报告，由议事会复算。

3.会计员和查账员各10人，负责为每届议事会主席团登记、检查各官吏的账目；

4.神庙缮修官10人，由抽签选出，负责修理最必要修缮的神庙；

5.城市监督官10人，由抽签选出，负责监督城里吹笛、弹奏竖琴、弦琴的女子的收费和被雇佣的情况，监视清道夫不许他们随便抛掷垃圾粪秽，防止建筑房屋侵占道路，不许阳台突出于道路之上，防止建筑上的水道发生水溢道路的情况，防止建筑物随意朝向道路开窗等事务。

6.市场监督官10人，由抽签选出，负责监督一切商品，防止售卖掺杂和伪造的货物。

7.度量衡监督官10人，由抽签选出，负责监督一切量器和衡器，为使卖者使用公正的量衡。

8.谷物看守人35人，由抽签选出，负责监视未经磨制的谷物在市场上售价是否公平，磨坊出售的大麦粉的价格是否符合大麦的价格，烘烤面包的妇女出售的面包的价格是否符合小麦的价格，其重量是否符合法律的规定。

9.港口监督官10人，由抽签选出，负责监视港口市场，并命令商人要将达到粮市的海外输入谷物的三分之二运往城内。

10.警吏11人，由抽签选出，负责管理被关押在监狱的犯人，并将不服罪的犯罪嫌疑人送往陪审法庭，执行法庭的判决，将宣布没收的财产交与公卖官。

11.主席团书记1人，由抽签选出，负责管理议事会的文书，保管已经通过的法令，并监督抄写一切其他文件，他可列席议事会。

此外，还设有祭祀官10人、常年司祭10人，以负责各类祭祀活动的具体管理事务，雅典有提洛节、布洛罗尼亚节、赫刺克利亚节、厄柳西尼亚节、泛雅典娜节等诸多节日。

这些官吏共同构成雅典国家的行政管理机构。可见，雅典已经具有了较为完善的国家（城邦）管理体系。

第三节

雅典法制

一、立法活动

公元前12世纪到公元前8世纪，这一时期的希腊历史被称为“英雄时代”。所谓“英雄时代”的概念，正式形成于公元前8世纪至公元前7世纪之间古希腊彼阿提亚诗人希西阿德时期。他在《田功农时》长诗中认为人类的发展经历了5代人种，即黄金时代人种、白银时代人种、青铜时代人种、英雄时代人种和黑铁时代人种。英雄时代的人类是一些半神的英雄，他们进行了进攻底比斯和远征特洛耶的战争。希西阿德写道：“当大地也覆盖了这—代（指青铜时代人种）时，克洛诺斯之子宙斯在富饶的大地上又创造了另一代即第4代人，这代人更高贵、更正直，乃是神一般的称为半神的英雄人种，他们在广阔无垠的大地上是我们这一代人之前的人种。残酷的战争和可怕的战斗消灭了他们当中的一部分。一些人为了争夺俄狄浦斯的羊群，在卡德摩斯的土地上阵亡于有7个城门的底比斯；而另一些人，为了美发的海伦而驾船越过大海湾来到特洛耶，在那里死亡的结局吞没了其中的一部分。”在英雄时代之后，远见的宙斯又创造了另一代即第5代人，这是“真正的黑铁人种，人们永远得不到安宁，不能在白天摆脱劳累和悲愁，在黑夜免除灭亡”，希西阿德哀叹：“但愿我不生在第5代人当中，要不在此之前死去，要不在此之后出生。”

当然，“英雄”和“英雄世代”诸词及有关传说，其实早在希西阿德之前已经流传。在古代希腊最有权威和创造最早的作品的荷马史诗中

《伊利亚特》的主题就是叙述英雄远征特洛耶的故事。该书曾称特洛耶战争的时代为 “英雄时代”。

荷马史诗通过年高德劭的福尼克斯和涅斯托耳之口，叙述了关于卡吕冬城英雄墨勒阿格海斯，以及涅琉斯时代派罗斯人同阿卡狄亚人、埃里斯的厄珀俄人和英雄赫拉克勒斯作战的故事。此外，还通过俄底修斯游地府和宙斯对往事的追述，提到了传说中其他一些英雄和他们的母亲的名字。这说明在荷马史诗形成时期，各种英雄传说已在希腊世界广泛流传，且为史诗的听众所熟悉。不过荷马史诗中的“英雄”一词当时是被看作“品格高尚的人”，还没有达到将英雄当作神来崇拜的境地。直到在希腊古典时代，“英雄”才日益被神化，有关英雄的各种传说也更加丰富和系统化起来，此时“英雄时代”一词常被使用。如亚里士多德在论述君主政体时，曾特别举出其中有一类是“史诗（英雄）时代的王制”。古代作家和亚历山大里亚时代的学者还进一步整理流传的英雄故事和以英雄为远祖的各地统治者及名门望族的系谱，从而考证和确定传说中的英雄人物及重大事件的具体年代。总之，在古代作家的眼里，所谓“英雄时代”乃是古希腊神话和传说中英雄们生活的时代，其高峰是荷马史诗所述，传统定为公元前1192年到公元前1183年的特洛耶战争，此后即趋于衰微。

所谓“英雄时代”，无论是顾名思义还是依据希西阿德等古代作家的传统看法，指的是神话、传说和史诗中所说的英雄们生活和战斗的时代。现在看来，有关英雄及其事迹的传说，具有某种历史真实性，反映了一定的历史环境和事件。因此，希腊史上真正的英雄时代不是野蛮时代的高级阶段或原始社会的末期，而是文明时代初期和带有奴隶制特点的阶级社会，这一时期的希腊处于由氏族社会向国家过渡的过程中，各个城邦在沿用习惯法的同时，也普遍进行了立法活动。

依据传说，这一时期希腊的立法有《吕库尔古斯立法》、《弗洛劳斯法》等。到公元前7世纪到公元前4世纪，随着城邦的发展，各城邦国家普遍开始了成文立法工作，这些立法包括：公元前621年《德拉

古立法》、公元前594年《梭伦立法》、公元前564年《庇希特拉图立法》、公元前509年《克里斯提尼立法》、公元前440年《伯里克里立法》以及阿卡提地区的《阿提卡法典》、克里特岛的《格尔蒂法典》、罗得岛的《罗得岛海商法》。[注]

1857—1884年在克里特岛考古发现的公元前5世纪的《格尔蒂法典》，是古希腊留存下来的唯一一部完整的法典，也是欧洲的第一部成文法典。其分别于1857年、1879年、1884年在希腊克里特岛上古代格尔蒂城的古墙上发掘，共有12栏600多行法典残篇。刻有法典全文的墙壁至今仍在古格尔蒂城的废墟上。

法典制定于公元前5世纪前期，汇集了古希腊克里特岛地区较早的习惯法和此前的各类成文法，其主要规范了关于诉讼程序、人、家庭、婚姻、收养、继承、赠与、奴隶、保证、抵押、合伙、许诺、监护等方面的条文70条。其第1栏为诉讼程序的规定，其余11栏均为实体法的规定。从第2栏第49行起，主要规范了关涉私人生活的婚姻、收养、继承、赠与、保证、抵押、合伙、许诺、监护等方面的行为。法典具有许多在当时来讲颇具先进的意识和思想。例如，法典对于强暴、通奸、妨碍诉讼等行为规定了罚金的刑罚，规定，对男女自由人施以强暴者，罚其100斯塔特；企图与一位在亲属保护之下的女自由人交合者，若证据确凿，罚其10斯塔特；与自由人通奸者，若在其父亲的、兄弟的或其丈夫的房间中被捉，罚其100斯塔特，若在其他房间被捉，罚50斯塔特；如独居妇女遗弃其子，她要被罚50斯塔特。法典允许自由人妇女与奴隶通婚，妇女有一定的选择婚姻的自由，未成年人不得收养养子，女继承人12岁之后才能结婚，且可以得到于此前由父母亲属代管的财产及其收益。[注]这些规定反映了希腊社会的现实情况，也表明该法典与古代西亚地区的各法典一样，仍是一部集程序法和实体法、融民事、刑事等规范为一体的诸法合一的综合性法典，也是近代西方大陆法系各法典的历史渊源之一。因为，从人类至今所发现的制定于公元前3000年代末期的第一部成文法典——《乌尔纳姆法

典》之后，直至1804年法国的《拿破仑法典》出台之前，世界各国的法典无一不是以诸法合一、综合性法典的面目而出现的，诸法合一、民刑不分并非中国特有之现象，而是19世纪之前世界各国立法之普遍现象，《拿破仑法典》才真正开辟了世界立法模式中诸法分立、民刑分开的先河。

二、法律体系

（一）居民法

古代希腊把居民分为公民、无公民权的自由人和奴隶三等。不同身份的人享有不同的权利能力和行为能力。

1.公民

公民一词，在希腊文中的本义是“始分神物”的意思，即信奉邦宗教的人，他可以参与邦的祭祀活动，也能参与一切政治、经济与法律赋予的权利。没有公民权的人和外邦人除了不能参与讨论城邦的事务和参与审判事务之外，还不能购买城邦的土地和房屋，只能租赁房屋居住和使用。在雅典，享有公民权利的人不及雅典自由人总人口的七分之一；享有自由身份的妇女、儿童以及侨居雅典的人、外邦人、奴隶只能在雅典公民的担保下才可提出诉讼。注

雅典公民身份的取得主要通过出生、被授予两种方式取得。在公元前5世纪以前，雅典法律规定，只要父亲是雅典公民，其子女就可以取得公民身份，而不考虑其母亲是否具备他的公民身份。后来修改了法律，规定只有父母双亲都是公民的男子，才能获得公民身份。在确定能否获得公民身份之时，还需要经过非常严格的审查，其程序是：当一个男子年满18岁时，他可以向他所在的部落申请登记，部落会议通过对于申请人身体发育状况和证人证言来确定他已经年满18岁之

后，再判断其出生是否合法，即其父母是否都具备雅典公民身份；如果部落会议否决了他的申请，他还可以向陪审法庭上诉，陪审法庭对公民身份有最终的确定权。

除了因出生能够获得公民身份外，在特殊情况下，一些外邦人也能获得公民身份。这些特殊情况包括：授予同盟城邦居民公民身份和因奖励而授予公民身份。前者情况比如，公元前427年，斯巴达和底巴在征服了曾与雅典结盟的小城普拉塔后，雅典人允许普拉塔人在雅典避难，并通过沦为一项法律，准许在雅典避难的普拉塔人在他们所居住的部落登记注册为雅典公民，被登记为雅典公民的原普拉塔人可以行使雅典法律规定的有关公民的权利并履行相关义务，但他们不能成为教士和九大执政官之一，但是，他们的后代不受此限制。后者情况比如，公元前406年，因与斯巴达作战，雅典迫切地需要扩充海军，因此对任何愿意在海军中服役的人，雅典都授予他们公民身份，这其中也包括一些奴隶因参加与斯巴达 的战争而获得公民身份。

雅典的公民也有等级之分，在梭伦改革中，按照财产的多寡将公民划分为四个等级，即五百斗者、骑士、双牛者和日佣，[注]并规定只有第一等级的公民才能担任九执政官等高级官职，第二、三等级的公民可担任一般官职，第四等级只有参加民众大会的权利。这项改革为工商业奴隶主掌握政权开辟了道路。后经伯里克里改革，第三、四等级的公民也可通过抽签当选执政官。民众大会成为最高权力机关，每隔10天召开一次，凡年龄到18岁的男性公民均有权参加，在会上可以提出建议或批评公职人员，讨论一切内外政策。

2.无公民权的自由人

在斯巴达，这部分人叫庇里艾克，是指在政治上没有公民权，但在法律上是自由人。他们拥有自己的财产和土地，可以经营手工业和商业。斯巴达严禁公民从事工商业，在这方面的经营者主要是庇里艾克人。他们必须纳税，并在军队中作为重装战士服兵役。

在雅典，无公民权的自由人包括自由民妇女和外邦人。外邦人没有政治权利，不能参加城邦的公共社会活动和宗教祭奠仪式，不能拥有土地和房产，不能与雅典妇女结婚，若要在雅典经商，必须缴纳一种额外的“外邦人税”，他们又独立的人格，有自由的身份，他们可以作为原告、被告获证人在法庭上发言，但是，他们不能提起公共诉讼，当他们作为被告的时候，必须有人来为他作担保，否则他将被一直关押到审判开始。雅典的自由民妇女也没有政治权利，不能参与城邦的政治生活。

3.奴隶

古希腊的奴隶主要来源于战俘及其后代。在斯巴达，被斯巴达征服的部落居民被称为希洛。他们分居在庄园里，每年新上任的监察官首先要派遣武装的斯巴达青年到希洛人聚居的村落去窥视、突击、搜捕和屠杀，把最强壮勇敢、有反抗能力的希洛人消灭。斯巴达人对其所管辖的希洛人可以任意屠杀，也可以释放或转让给其他的斯巴达人，希洛只在国家分给斯巴达人的份地上耕种，每年应缴纳农产品给其主人。在军队中，希洛作为轻武装战士服兵役。

在雅典，奴隶没有人格，也没有政治身份，他们依附于、从属于主人，是奴隶主有生命的财产，主人可以任意买卖、雇佣、赠与、支配他们。奴隶如果遭到他人伤害或被人杀死，他自身或者亲属没有提起诉讼的权利，只有他的主人才可以提起诉讼；如果奴隶伤害了他人，如果奴隶是在执行主人的命令，则其主人可以成为控告的对象；如果是奴隶本人在没有领受到主人的命令便伤害他人，其主人仍需承担赔偿或者支付罚金的责任。主要主人愿意，他可以解放他的奴隶，但是否解放奴隶，则完全是凭主人的主观意思，没有任何法定程序或者法定条件。

（二）所有权

在公元前5世纪至公元前4世纪的希腊，所有的不动产和动产均可以自由地进行买卖。但是，私有财产受到法律的严格保护，历届执政官就职时，照例宣誓要保护每个公民的私有财产。在颁布的布告中也明确地宣告：“物主将为其所有物之持有者与绝对主人。”[注]法律也曾明确规定，当财产所有权受到侵犯时，可向法庭提起诉讼，申请保护。破坏不动产或个人财产者要付赔偿金；如果某人的动物或奴隶有不恰当的行为，他也要为此做出赔偿。希腊法律禁止强行闯入私宅。[注]

在雅典人看来，橄榄树属于雅典的保护神雅典娜，因此，任何人不得任意处分土地上的橄榄树。公元前4世纪时，法律规定任何偷窃橄榄的行为，都将要受到判处死刑的惩罚。[注]

雅典的矿产所有权属于国家，雅典有矿产法，任何人想采矿必须向国家矿藏资源管理部门注册登记，[注]以承租的方式取得对某一矿区的采矿权。

（三）契约

雅典的债权法彼古代西亚地区和非洲国家较为发达。当时债的来源有两种，一是因契约而产生的债，二是因损害赔偿所发生的债。希腊人把前者称为自由之债，后者为不自由之债。

在古代希腊，契约之债主要有以下几种：

1. 买卖契约

在古代雅典，已经出现了以贷款支付交易标的物的价款的方式，即在买方没有足够现金支付货款时，他可以通过向卖方贷款的方式来支付货款。这与普通的借贷契约不同，首先这种借贷不需要另外再找担保，因为，买方所需要的货物和信用就是担保，而使用这种交易方式的双方当事人一般都是经过了多次交往，并且具备了一定的相互信

任关系的买卖人。这实际上可以看做最古老的以信用为基础的买卖行为。其次，借贷关系的双方当事人互为买卖和借贷双重关系，卖方既是买方在买卖关系中的一方当事人，也是与买方基于同一买卖行为而形成的借贷关系中的债权人。这种将两种独立的行为融于买卖双方共同的一个买卖行为之中的做法，也反映了古代雅典贸易和产品交换行为的普遍及频繁。

除了上述的以信用为基础的买卖行为外，雅典还创设出了古老的定金制度。如果买方暂时没有足够的现金支付货款，可以先向卖方支付一部分金钱作为定金，来确保买卖行为的完成。卖方在接受定金后，在双方约定的付款日期前，不得把标的物再转入给他人，定金数额或付款时间由双方约定。

上述的这两种基于信用和以确保交易的实现为目的而产生的交易方式，对于当时雅典的商业的发展无疑都起到了积极的促进作用。

为了维护交易秩序，在土地或奴隶等交易额较大的买卖活动中，雅典的法律还规定一些特殊的程序，例如，在土地交易中，在转让土地后的60天内，必须以书面形式向执政官报告，执政官将公告该交易行为，在法定期限之内，任何人均可以就该土地的所有权、抵押权等事项提出异议。[注]这种古老的土地买卖公示制度，是现代不动产登记和公示制度的鼻祖。

2.借贷契约

在古代雅典，任何借贷契约的签订都需要签订契约，而且其担保形式既有人格担保，也有实物担保。当时抵押借款的年利为12%至18%之间，海上借款利息高达30%。其借贷契约的条款包含有：借贷双方当事人、契约订立日期、签约的地点、贷款本金、利息、利息的履行方式、归还本金的方式、违约责任。

3.合伙契约

合伙行为一般是由合伙人之间依据相互的约定，以各自出资，共同经营为其基本形式的一种民商事行为。在古代雅典，这类契约在造船、钱庄（银行）等商业合伙中占有重要地位。契约采用书面形式，并需要证人到场。契约签订后，合伙人根据契约的约定以一定的物品或金钱为合伙的资本，在经营时如遇风险，则由合伙人共同承担损失和责任。这种契约在古代雅典非常流行，因为，它既避免了过多的、繁琐的签订程序，其合伙者所因经营问题而需承担责任的方式和后果也较好划分。

4.租赁契约

在古代雅典，租赁契约的使用范围很广，在这些租赁活动中，租赁对象既有牲畜、船只、土地、房屋等，也有奴隶。签订奴隶出租契约不需要特别形式，其与普通租赁契约的形式一样。在契约缔结后，出租人必须按照租赁契约规定的期限将物品交付承租人使用，并保证所交付的物品保持便于使用的状态，保证出租的物品不被其他人追索或提出所有权方面的要求；承租人所担负的义务主要是必须及时缴纳租金，遇有到期不交的情形，法律保护出租人的权益，出租物的主人有权将出租物收回。

（四）侵害人身权的损害赔偿

1.殴打

在古代希腊，殴打是指互殴但未造成伤害后果的情形，这时只有先出手打人的人才有过错，对于有过错者由法庭判决他向受害人赔偿一定数额的金钱。[注]

2.伤害

在古代希腊人的意识里，伤害行为要比殴打行为所造成的危害要严重得多，因此，他们允许任何人都可以对伤害方提起诉讼，无需受害人自己起诉，对于实施伤害行为的一方，在将他驱逐出境的同时，

还可以没收他的财产。因此，伤害行为所要承担的法律后果也比殴打要严重得多。

3.性侵犯

在古代希腊人眼里，通奸比强奸更罪恶，因为他们认为，强奸是在违背妇女意愿的前提下进行的，它仅仅侵犯了妇女的身体，被强暴的妇女对于这种强奸行为在心里是排斥和反抗的；而通奸行为则是在妇女情愿的情形下发生的，说明她是在受到了侵害人的诱惑才做下了这样不贞洁的事情，这种行为对于妇女的心灵是一种诱惑和腐蚀。因此，在古代希腊社会，对于通奸行为的处罚也严于强奸行为的处罚。

对于强奸的处罚，在克里特岛发现的《格尔蒂法典》规定，对男女自由人施以强暴者，罚其100斯塔特；在梭伦时期则是由侵权人赔偿100银德拉克马。公元前4世纪之后，对于强奸者由法庭判决除了向被强暴的妇女的丈夫或监护人支付一定的赔偿金，同时还要向国家缴纳一笔与赔偿金相同数目的罚金。实际上实行的是双罚制。

而对于通奸的男子，与其通奸的妇女的丈夫或监护人可以当场把他杀死，或者向他索要赔偿金。如果他一时拿不出赔偿金，他将一直被关押到能够提供保证人或缴清赔偿金为止。对通奸的妇女的则是处以不允许其参加公共的宗教祭祀活动，不许戴首饰这一类带有人格侮辱性的处罚。

4.侮辱和诽谤

希腊人把当众侮辱他人或者损伤他人的自尊心的行为看成十分不贤和令人恼怒的行为。公元前399年，在审判苏格拉底时，那些积极参与并希望判处苏格拉底死刑的人中，就有许多人曾经被苏格拉底损伤过自尊心，他们希望苏格拉底那种孤傲的性格也会法庭上触怒陪审团的成员，从而达到他们通过公开的审判来羞辱直至消灭苏格拉底的目的。[注]

早在梭伦改革时期，法律就禁止谈论任何死者的不是，也禁止在公共场合谈论他人的不是。对于这一行为的处罚是分别向受害人和国家缴纳一定数量的赔偿金；如果在公共场合谈论生者的不是，侵害人应向受害人支付3银德拉克马，并向国家缴纳2银德拉克马。[注]

（五）商法

古希腊在长期的商业和海上贸易活动中，培养了一个商人群体。这个群体有一个显著的特征，那就是其中大部分为外帮人和奴隶。外帮人在古希腊社会中的政治地位不高，但他们却一直占有相当大的比例。特别是到公元前4世纪，为了鼓励商业贸易的发展，对外帮人的限制开始减少。他们以手工业、商业为生，从事零售业、批发业，在进出口贸易中作为中间人或者进出口商。奴隶在商业和海上贸易活动中往往充当手工业者和划桨手或者水手。有贸易就有规则。频繁和发达的贸易活动必然催生了古希腊商业规范的产生和发展。

1.鼓励商业发展的政策与措施

在公元前594年的雅典的梭伦改革中，制定了一系列鼓励工商业发展的政策和措施。例如，为了吸纳更多的熟练工匠充实手工业者的队伍，梭伦一改以往对公民资格的严格限制政策，发布规定：凡全家迁来雅典从事某种行业的人，可以归化为雅典公民。这一措施不仅吸引了外邦技术工匠和大量资金向雅典转移，而且，抑制了其他城邦工商业发展的潜力，促进了雅典工商业的发展。此外，梭伦还发布规定，强迫父亲要传授一门技术给儿子，否则，儿子可以不赡养他。在市场秩序管理方面，梭伦改革了币制，统一了度量衡，以利于外贸结算和商品交易。针对雅典境内多山，不利于粮食生产的地理特征，为了保障雅典的粮食供应，梭伦下令在禁止一切粮食出口的同时，鼓励出口雅典盛产的橄榄油以换取粮食和其他必需品。由于梭伦改革的成功，使得雅典成为了古希腊一个最著名的工商业城邦。可以说，梭伦通过颁布鼓励工商业的政策与措施，以立法的形式把雅典推向了一个新的

发展阶段，使其走上了一条发展工商业的道路，并且，雅典模式也成为了西方文明发展史上的一个里程碑，它开启了西方社会商业文明的先河。

2.市场管理法

除了梭伦改革之外，古希腊各城邦国家还相济颁布了各自的商事立法。例如，在古希腊城邦，法律规定把所有的市场分为定期市场、外国人市场和普通市场三类。定期市场又分为三个市场，即：每个月的第一天市场、第十天市场和第十二天市场。在第一天市场，外国人只能购买供其一个月所需的商品。在第二市场，被指定的人可以购买一个月所需的商品。在第三市场，各人可以按照自己的需要买进或者卖出。但是，诸如兽皮、服装、毛毯、大麦、小麦等物品则不能出卖给外国人。在外国人市场，外国人可以出售诸如谷物、酒等物品，屠夫也可以在此把自己屠宰的肉类出售给外国人。普通市场则经营除了上述定期市场、外国人市场所可以经营的货物以外的其他一切货物。但必须在划定的地段出售物品，而且，必须是现钱交易。对于市场交易的违法行为，法律规定，任何人不得强行推销他的货物或为他的货物的质量赌神发咒，否则任何公民都可以教训他而不受责罚。

3.外汇管理制度

古希腊还制定有严格的外汇管理制度。古希腊法律规定私人不得占有金银，只可以占有供日常交易用的铸币。从外国归来的人所携带的外国货币必须经指定机构兑换成价值相等的当地货币，如果将外国货币留为己用，必须由国家没收这些外国货币。

4.商事契约制度

为了适应频繁的商事活动的需要，古希腊在商事契约方面的规定也较为成熟。其种类有借贷、合伙、租赁、买卖、物品保管、雇佣等。

在买卖契约上，雅典城邦的法律禁止卖方对标的物作虚假陈述。当时在雅典城邦还没有建立起土地登记制度，土地的主人只有在边界上立起刻有主人名字的界碑以示这片土地的归属，但是，这种立碑示权的做法，并无法律上的效力，因此，雅典城邦法律规定，在土地转让后的60天内，土地买卖双方必须以书面形式向执政官报告此次土地交易行为，执政官将公告此次交易行为，在法定期限内，任何对该土地拥有权利的所有人、抵押权人等均可以提出反对意见，如果提出反对意见方能够拿出确凿的证据证明他享有该土地的所有权或抵押权等权利，那么这次土地交易的行为就会被认定为无效，有实施虚假陈述行为的一方也要为此而承担法律责任。

一个雅典公民拥有几家香料店，但是，其中有一家香料店一直亏损且负债累累。这家店由一个奴隶与他的两个儿子负责经营，另一个雅典公民本来想买下经营这家香料店的奴隶的一个儿子，但是，这家香料店的主人不愿单独出卖一个奴隶，他游说欲买奴隶儿子的这位买主，以40明那买下奴隶父子三人及这家店铺，并在书面协议中约定：香料店经营中产生的一切债务由买主承担，还欺骗买主说，店内的存货充足，足以支付所有的债务。但买主最后发现，香料店的债务多达5塔兰特，原店主出卖奴隶和店铺的目的是为了逃避债务。买主立即要求法庭判决卖方承担香料店的债务。在这一案例中法官仅仅要求店铺和奴隶的买主只要能够证明此次交易存在不公正的现象就能获胜。可见，在雅典城邦商业行为必须遵守公平原则，否则，任何一项有失公平的交易活动都可以被法庭宣布为非法或无效。

同时，在古希腊已经出现了以信用为基础的买卖，即：在买方没有足够现金支付时，可以以向卖方贷款来支付标的物的价款；也可以先向卖方支付一部分金钱作为定金，卖方接受定金后，在双方约定的付款日期前，不得把标的物再转让给他人，定金数额、付款时间由双方约定。此外，古希腊借贷契约的形式有人格担保和实物担保两种。

在借贷契约中还出现了按份债务与连带债务的区分。两位银行家都借了一大笔钱给科林那城，后来借贷方两人相继死亡，他们分别拥有贷款份额的1/5和4/5，此时，债务人已经向其中的一位出贷人的继承人还了几次贷款，于是，另一位出贷人的继承人向法庭提出不能确认已经发生的还款行为，因为此次商业借贷行为不是连带贷款而是按份贷款行为，对于其中一位出贷人继承人的还款不能被确认为是对另一位出贷人继承人的所占份额的还款，应当按照贷出款项的比例来析分两位出贷人的继承人所应当获取的还款份额。(注)

5.合伙人制度

在古希腊的商业实践中，为了减少投资风险，往往由几个人合伙共同投资。他们合伙的具体做法是：船主通过中间人向另一个人借钱购买谷物或其他货物，而这个人也不是自己筹集这笔钱款，而是和其他几个人一起联合投资，这些投资人就被称为合伙人，合伙所得利润由所有的投资人按照其所投资的比例分取，如果出现亏损或者意外风险也仅仅以已经投入的资金承担责任和损失，而不会牵连到投资人的其他财产。这种合伙人制度实际上已经有了有限责任的影子。

6.委托代理制度

一些富有的贵族和高利贷者，不愿意亲自从事海商贸易，因为，他们认为商业是那些奴隶和外帮人所为之事，况且，海商行为具有很大的风险性，但海商贸易又确实能带来很大的利润，于是，他们便委派代理人从事海商活动，从中谋取高额利润。其具体做法是：由贵族或高利贷者（一般是货主）寻找熟悉航海业务的船主或船长，由船长负责将需要贩运的货物运送到目的地，为了确保货物的安全，货主们要各自派遣奴隶或者管事人员随船出发负责监督货物运输的过程并在目的地进行交易活动。如果航运和交易过程顺利，货主按照约定给付船长一定的报酬，除去货物本金后余下所得的利润，由货主们按照约定或者投资的比例分配；如果发生意外，比如遭遇风暴或者被海盗抢掠，此次贸易活动不仅已无利可图，甚至还会血本无归，那么，此时

各位投资者和船长等人均得不到任何约定的利润和报酬。此次投资也就成为了没有任何回报的一次失败的贸易活动。此时所体现出来的则是典型的无限责任形式。

7.海商法

古代希腊素以商业发达而闻名于世，特别是海上贸易尤其发达。因而古代希腊的许多城邦都曾出现过有关海商方面的商事习惯与商事立法，这些习惯与立法既是对于海上贸易行为的规范，也是当时希腊地区海上贸易活动空前发达的直接反映。在这些有关海商方面的立法中最著名的要数于公元前2至公元前3世纪由罗得岛制定的《罗得岛海商法》（Lex Rhodia），它是人类迄今发现的最早的古代商法形式，其中许多有关海商方面的规定为以后的海损、海上保险和海商信用等制度奠定了基础。只是该法典的原文已经无法查找，只有在一些历史文献中查到一些零星的记载。如今流传最广、最著名且最为人们经常提及、引证的就是该法典所确认的所谓的“共同海损分担规则”。根据《布莱克法律大词典》记载，这一规则又被称作“罗得弃货损失分担规则”（Lex Rhodia de Jactu），其具体内容是：“如果船舶遇难，需要保全船舶及剩余货物，因而将一部分货物抛弃，那么所有的船主和货主必须按比例分担损失。”该规则可称为现代共同海损法之渊源。《罗得岛海商法》曾在地中海区域广泛地流行，成为这一地区共同适用的海商法，以至于在其后1000年的所有海商法均被称为《罗得岛海商法》。直到东罗马帝国时期，还以《罗得岛海商法》为蓝本编撰了新的海商法。注

（六）婚姻家庭与继承

1.婚姻的成立

根据希腊人的习俗，子女婚姻的安排由父母决定或依媒婆的撮合。早在荷马时代古希腊就流行着买卖式的婚姻，后来，雅典城邦仍

然保有通过女方的父亲与未婚夫之间缔结婚姻契约而成立婚姻关系，未婚夫必须向其岳父交纳牲畜或其他贵重物品作为买妻费，岳父则向女婿赠送礼品，以示双方达成此次婚姻交易。此种婚姻模式被称为买妻婚。注

订婚是希腊人结婚的必经程序，根据法律规定，不举行庄严的订婚礼，婚姻即属无效。订婚必须要有证人在场，新娘的父亲要当着证人的面对女婿说：“我把女儿交给你，以生育合法的孩子。”女婿也要当着证人和岳父的面说：“我要她了。”岳父还要说：“我还给你3塔兰特的嫁妆。”女婿说：“我也接受，非常高兴。”注只有举行了这种订婚仪式，男女双方的婚姻才能被认为有效。

古希腊人的结婚年龄各城邦不尽相同，斯巴达国家指定的最佳结婚年龄为男人30岁，女人20岁，该项规定与斯巴达城邦的军事民主制有关，其目的是保证男子接受军事训练和为国家服兵役的年限。而在雅典城邦，则要求男子应接近30岁，女子不超过15岁。亚里士多德甚至提出男子37岁，女子18岁为最佳结婚年龄。

希腊法律禁止近亲结婚。法律规定，妇女不能与她的祖父、父亲、儿子、孙子等直系亲属和兄弟结婚，但可以与她的同父异母的兄弟、养兄弟、叔叔、侄子等亲属结婚。

2.婚姻的解除

在雅典，丈夫可以以妻子无子和不贞为由离弃妻子。而且丈夫并没有忠贞于妻子的义务，但妻子必须忠贞于丈夫。法律规定，如果丈夫发现妻子与他人通奸，必须与她离婚，否则，他就可能失去公民权。注如果离婚由丈夫提出，妻子只能被遣走，不必说明任何理由，也无须履行任何解除婚姻的手续。但如果妻子要提出与丈夫离婚，在一般情况下是困难的，即使有足够的证据证明丈夫对妻子施行虐待，但她必须向执政官提出离婚的书面请求，详细陈述她提出离婚的理由，至于执政官是否会接受她的请求，进而作出允许离婚的决定，则

要看妻子提出的理由是否有证据证明且提出的理由和证据是否能够得到执政官的认可与同情。

3.家庭成员关系

古希腊人的家庭不仅包括血亲成员，还包括家庭的奴隶与财产，但是，有资格成为家庭成员的人则只有与家父有法律关系的家父的妻子、孩子、守寡的母亲、未婚的姐妹等。如果家父的女儿或姐妹结婚，她们就不再是现在家庭的成员，而成为她丈夫家的成员；如果家父死亡，则他的儿子成为家庭的家父，如果他有多个儿子，则这些儿子会组成多个家庭，他们就会成为这些家庭的家父。古希腊每个家庭只有一个家父，他负责管理家庭事务，管理家庭财产，监护子女，为子女安排婚姻。

雅典的家庭实行一夫一妻制，但实际上这仅对妻而言，夫丝毫不受此限制，男人与别的女人通奸，法律不加以干涉，德拉古立法曾公开允许男子蓄妾。特别是在经过长期的战争后，雅典的男性公民大为减少的情形之下，法律允许男子重婚，其目的是为了增加雅典的兵源。

根据雅典法律规定，只有经过订婚或与女继承人结合的婚姻出生的孩子才是合法的子女，其他男女之间结合出生的孩子都是私生子。一个孩子诞生后第10天，其父亲应举行一个宗教仪式，承认这个孩子是他的，以确定这个孩子在家庭中的身份以及将来的公民身份，如果欠缺这个仪式，在孩子年满18岁时，他有可能得不到公民身份。因为，这个仪式也是一种法律仪式，是给予这个孩子合法身份的标志。儿子18岁以后，和女儿结婚以后，父亲不再是子女的监护人。如果成年儿子仍留在家庭中生活，其父亲仍是这个家庭的家父，但在父亲年老后可以把家父权力交给成年的儿子。儿子必须赡养父母，如果儿子不赡养父母，或者对父母施以暴力虐待，未给他们死后举办符合他们身份的葬礼，这个儿子都将受到法律的追究。但是，如果父亲未能教授给儿子手工业技能或导致他出生非法除外。[注]如果男子不能生育儿

子，他就可以收养他人的子女为自己的子女，一旦收养行为成立，被收养的子女即可解除与原家庭的权利义务关系，而成为收养人法律上的子女。雅典法律规定，以下收养行为非法：（1）因疯狂、年老或疾病而导致的精神错乱下作出的收养决定；（2）在女人影响下作出的收养决定；（3）因受胁迫或在被限制自由的情况下所作出的收养决定。注该立法的目的是为了保护收养人和其家庭成员的利益。

4.继承

雅典的继承权只给男子，同时由所有儿子共同分配父亲的遗产，兄弟之间可以平分遗产，但长子取得的财产份额要比其他兄弟稍多，而女子出嫁时方能从兄处获得嫁妆。

雅典法定继承的顺序是儿子、兄弟、侄、伯叔、堂兄弟等，如果死者有儿子，女儿不能继承，无兄弟、侄辈，则姐妹及甥女辈可以继承。

如果死者没有合法的儿子和养子，可以让女儿继承遗产，此女子被称为女继承人，她所继承的这笔财产要随她带给她的丈夫，并传给他们的孩子。这意味着女继承人父亲的家庭得以延续。

雅典的遗嘱继承制度始于梭伦改革，梭伦立法要求立遗嘱的人必须是在神智清醒且不受到任何物质和精神的强制的情形下，其遗嘱方为有效。而且，只有在确无合法子嗣的条件下才可以立遗嘱、分配财产，而只有家父立的遗嘱有法律效力，未成年人、养子和妇女所立的遗嘱不具备法律效力。注

（七）犯罪和刑罚

在雅典，国事罪在各种犯罪中占有主要地位。凡是背叛国家、欺骗民众、亵渎神祇或向民众大会提出非法决议，均属此类。在公元前399年雅典法庭审判苏格拉底案件中，三个向法庭提起公诉的雅典公民就认定苏格拉底即犯有不尊敬城邦所尊敬的诸神和腐化年轻人致使他

们做出了危害国家利益的叛国行为之罪，并且请求法庭判处苏格拉底死刑。在经过法庭审理之后，以投票的方式最终宣判了苏格拉底死刑，并在宣判一个月后以让苏格拉底在监狱里吞下毒药的方式结束了苏格拉底的生命。

除了国事罪之外，在雅典的其他犯罪包括：

1.破坏家庭罪，具体包括：子女虐待父母罪、监护人虐待孤儿罪、亲属虐待女继承人罪等。

2.侵犯人身罪，具体包括：袭击罪、杀人罪、强奸罪、伤害罪、殴击罪、谩骂罪、诽谤罪、凌辱罪、诱拐妇女罪、投毒罪、纵火罪、通奸罪。

3.侵犯财产罪，具体包括：盗窃罪、强盗罪。

对于各类犯罪所应处的刑罚，在雅典主要包括：死刑、出卖为奴、剥夺自由、鞭笞、凌辱、烙印、放逐、罚金等。

对于刑罚执行的基本原则是，对于奴隶可以处以肉刑，而对于自由民主要以处罚财产刑为主，即使处以自由民的死刑在执行时也采取尽量减轻被判处死刑者的痛苦为宗旨，通常用慢性毒药让犯人服下，此类毒药并无剧烈的毒性反应，其毒性从身体的局部（一般先从腿部开始）开始麻痹、感到有重感，而后渐及全身，直到药力到达心脏时，才使人慢慢地死去，整个死亡过程极少痛苦。苏格拉底之死就是经历了这样的过程：

第一步，先让他喝下盛放在杯中的毒药；

第二步，让他在房中慢慢地走动；

第三步，在他感觉到腿部沉重时，让给他躺在床上；

第四步，调毒药的人（执行死刑者）检查苏格拉底的脚和腿是否还有感觉；

第五步，当苏格拉底的脚和腿已经没有感觉之后，他再向苏格拉底的上半身试探其有无感觉；

第六步，当苏格拉底身上的冷感扩展到腰部时，执行死刑者把一块布遮盖在苏格拉底的脸上；

第七步，苏格拉底的身上逐渐变冷、变麻木；

第八步，毒药已经到达心脏时，苏格拉底的身体抖了一下；

第九步，执行死刑者把遮盖在苏格拉底脸部的遮盖物移开；

第十步，当苏格拉底的眼睛已经发直时，执行死刑者把苏格拉底的嘴和眼睛合上。

这就是雅典执行自由民死刑的全部过程。

而对于奴隶犯死罪，则不是用棍棒活活打死，就是从悬崖上将其推至深谷之中，摔死。

可见，肉刑在当时的希腊并未被完全废止，且其刑罚本身就带有极大的阶级烙印。

对于侵犯财产的盗窃犯罪的惩罚，则要根据是否当场被捉住而处以不同的刑罚：凡当场被发现者即可将其逮捕，如果是在白天行窃被捉住一般处以监禁；如果是在夜里行窃被捉住，则可以当场打死盗窃者；如果事后才发现则可按照侵犯国家利益的诉讼进行审理。[注]

但是，希腊刑法是公法和私法的混合。袭击、杀人、强奸、偷窃、诽谤和无礼谩骂都被看做是对个人的伤害，针对这些行为的赔偿费有一部分归国家所有。其中杀人犯可在原告发言控告后自行流放，免于被判罪。

在雅典刑法中，许多重大的犯罪行为，如杀人、诱拐妇女、投毒、纵火等，被害人可以与犯罪者订立赔偿契约，由犯罪者交纳赎罪金后了结；但这种赔偿并不包括在合法的惩罚之内。受害人在临死

前，如果答应赦免加害人，则其他则不得对凶手采取任何报复行动；但是，如果男子发现其妻、姐、妹，女儿与人通奸，他有权将对方男子立即处死，因为希腊人认为，通奸中的受害者是男子，而通奸行为侵犯了他的个人的空间和权利范畴，为此他进行个人报复是正当的，由此而引发的杀人行为也是正当的，这是原始法律中自助方式的一部分。(注)因谋杀罪而被判处死刑时，刽子手要在受害人亲属面前来执行死刑。(注)可见，雅典还存在着古代的血亲复仇的习俗；但是，雅典也吸收了古代西亚地区以交纳赎金的方式来代替刑罚的习惯。

三、司法体系

公元前399年，三个雅典公民——美雷特斯、阿尼图斯和吕孔以“苏格拉底是社会上一个危险人物”的罪名向雅典法庭提出公诉，要求法庭判处苏格拉底有罪，并希望判处他死刑。他们在对苏格拉底的起诉书中，提出了苏格拉底犯有两大罪状——散布左道邪说和腐化了年轻人的心灵。前一个罪名的依据是说苏格拉底不尊敬城邦所尊敬的诸神，后一个罪名比前一个罪名要更加严重，因为，他们提出一个证据——在苏格拉底的学生中，有一个被苏格拉底认为是最聪明的、最得意、曾经是雅典的政客和将领的名叫阿尔基比亚德的人，被雅典人认为是祸害他们国家的叛国贼，人们认为是苏格拉底把这些人带进了歧途，致使他们做出了危害国家的行为。而且，他至今还在对其他人做着同样的事情。因此，他们主要是依赖宗教和政治上两个方面对于苏格拉底的仇视，来控告他的。他们希望能从曾经被苏格拉底损伤过自尊心而对苏格拉底怀有仇视的人们那里获得支持，同时，他们也希望让他们熟知的苏格拉底本人所特有的那种不愿妥协、恃才傲物的性格触怒法庭的陪审团的成员，从而致苏格拉底于死地。因为，他们也知道，法庭陪审团的成员通常总是期待被告人会向他们恭维并作出低声下气的哀求，而这一点苏格拉底恰恰是不具备的。他们知道，就凭

着苏格拉底那目空一切的傲慢之气，必然会在法庭上为自己展开长篇而言辞激烈的辩护，而苏格拉底的这种不知道妥协、服软的性格必然会在法庭上触怒陪审团成员，到那时，苏格拉底将必死无疑。[注]

事实上也正如这三位控告者所预料的那样：苏格拉底在法庭上发表了慷慨激昂的演讲为自己辩护，逐一驳斥了他们对他的控告。他的自我辩诉的演讲由三个部分组成：（1）苏格拉底的辩护；（2）他反提的处罚方法；（3）向法庭作出的最后演讲。[注]其结果是在听完苏格拉底第一部分的演讲之后，法庭以221人赞成无罪释放苏格拉底，280人反对无罪释放苏格拉底的投票结果而判决苏格拉底有罪；并在听完苏格拉底做完第二部分的演讲之后，又进行了第二次投票，结果是141人赞成罚款，360人赞成判处苏格拉底死刑，与第一次投票结果相比，多了80个人赞成判苏格拉底有罪。法庭根据两次投票结果最终判处苏格拉底死刑。在判决过去了一个月的时间之后，在拒绝了朋友们劝说他逃离雅典的劝告后，在雅典国家监狱的一个房间里，在接近黄昏的时刻，这个年已七旬，在与他的朋友们做了长篇的对话、演讲和告别后的老人，吞下了事先为他准备好的毒药后，平静地看着站在他的床边的人们，并说了最后一句话："克里托，[注]我们应该献一只公鸡给阿斯克勒庇俄斯[注]。务必要做到，别忘了！"而后"……可是过了一会儿，他抖了一下；当那个人把苏格拉底脸上的遮盖物移走的时候，苏格拉底的眼睛已经发直了。看到这幕情景，克里托就走上去把苏格拉底的嘴和眼睛都合了起来。"柏拉图在记录苏格拉底死亡过程的小册子——《苏格拉底之死》的最后写道："以上，厄刻克拉底，就是我们的同志的临终情形，我们可以公正地说，在所有我们认识的这一代人里面，他是最勇敢，同时也是最有智慧、最正直的人。"[注]

苏格拉底之死是古希腊历史上的一桩著名冤案，曾引起过无数后人的感慨与怨叹。苏格拉底的学生、同样是古希腊著名的哲学家的色诺芬在其所著的《回忆苏格拉底》一个小册子中，用回忆苏格拉底平日的言行的方式，并用了大量篇幅逐一反驳了雅典人判处苏格拉底死

刑的两个罪状，并且在小册子的最后一卷第四卷的末尾对于苏格拉底作了如下的评价：

> “那些知道苏格拉底为人并羡慕德行的人们，直到今天，仍然在胜似怀念任何人地怀念着他，把他看作是对于培养德行最有帮助的人。对我来说，他就是像我在上面所描述的，是那样的虔敬，以致在没有得到神明的意见以前，什么事都不做；是那样的正义，即使在很微小的事上，也不会伤害任何人，反而将最大的帮助给予那些和他交往的人们；是那样的自制，以致任何时候他都不会宁愿选择快乐而不要德行，是那样的智慧，以致在分辨好歹上从来没有错误过，而且不需要别人的忠告，单凭自己就能分辨它们；是那样地有才干，能够考验别人，指出他们的错误，劝勉他们追求德行和善良高尚的事情。在我看来，一个最善良、最快乐的人应该怎样，他就是那样的人。如果有任何人对这些描述还感到不满，年就让他把别人的品格和那些来比较一下，并加以判断吧。”[注]

可能有很多读者对苏格拉底之死已经谙熟与心了，但是，作者之所以还要在这里再向读者讲述一遍，其目的就在于让读者再一次更深刻地领悟和感受到古希腊司法体制的特点及其优劣。

（一）审判机构

雅典最古老的司法机关是阿留帕克，稍后有艾菲特法院，梭伦改革时设立了赫里埃（陪审法庭），后来不久又设立了四十人委员会，亦称四十人法院，此外，还有主要审理民事案件的迪埃德特以及处理各类案件的专门法庭，如矿井法庭、海外贸易法庭、破坏宗教仪式法庭等等。

这些法院（法庭）的具体分工是：

1.阿留帕克

负责审理故意杀人、毒害及放火的案件。这些案件一般由死者的亲属向第二执政官提出申诉，然后由执政官决定该案归哪个法院受理。如果在阿留帕克审理，诉讼则在露天场所举行，原告和被告各自站在两块指定的粗石上，当众进行审理。

2.艾菲特法院

负责审理误杀、教唆杀人、致人残疾、杀死异邦人、因生物或非生物而致死（如不是出于任何人的故意或过失，而是由于某种重物落在头上致使受害人死亡）等案件。

3.四十人委员会、迪埃德特及赫里埃

这是两个专门审理财产纠纷案件的法庭。凡不超过10德拉克马的财产争夺案件由四十人委员会做最终审理；凡超过10德拉克马以上的案件，则由迪埃德特作为第一审级，其上诉法庭为赫里埃。

在梭伦改革之前，雅典设立有最高法院理事会，其基本职责是捍卫法律。理事会还设立有法律监察人，并规定了讨论法律 的程序，即由指定的起诉者和辩护人在集会上对有关问题进行讨论。后来允许每个公民在定期的民众法庭上提起诉讼。在集会上可以通过公诉或起诉一位普通公民的方式，对法律的提出或通过方式的合法性和有效性进行讨论。在梭伦改革时，最高法院理事会由抽签选出的500人理事会所取代。理事会被赋予起草将在集会上提出的法律的责任，并通过从属于它的委员会执行管理职能。最初，立法的提出需要由理事会向公民大会提出适当的议案，后来这种做法被废除了。集会和法庭由被称为执政官的行政官员主持。执政官继承了古代国王的祭司职能，主管宗教仪式、夫妇间的家庭关系、去世者的财产继承和遗嘱的执行。[注]

除了法庭审判之外，希腊人还发明了一种把一些案件提交仲裁的方式。仲裁人的仲裁结果可以不由法庭来执行，仲裁人依照法庭的做法将案件的全部事实作记录予以保留，以便于过后查询。凡是采用这种仲裁方式了结案件的人，其目的是企图通过仲裁来回避法庭以逃避

法律程序的束缚，即不通过实施法律规则来解决争议。注这是希腊人的一个发明，在此之前还没有这样的解决纠纷的方式。此乃现代仲裁制度的滥觞。

（二）诉讼制度

在雅典，没有后来罗马那样的特定的法律职业或熟知法律的阶层，其原因是每位公民都知法并有实施法律的能力，因为，很多法律是被公开公布于世的，只要认识字，就完全可以了解法律的内容。再者，那时的法律和案件也绝无现在的那样复杂。因此，在雅典无须让律师来代表公民参与诉讼，公民必须自己办理自己的案子，自己提出诉讼。正如柏拉图在他的《法律篇》中所指出的那样：法律职业在这里被禁止了。诉讼当事人所需做的就是请雄辩者（哲学家）为自己写一篇讲话稿。雅典的雄辩家们写过许多为了某些案件的讲话稿，后人对于雅典法律的认识，绝大部分也来源于这些讲话稿。当时雅典的法官也并非熟悉法律，因为他们无须像现在的律师那样在法庭上发挥作用，如果要判定某份合同因不公正被废除，往往也无须法庭作出什么判决，公民大会或者议事会就完全可以裁定合同无效。注

雅典虽然没有特定的法律职业，但是不等于说雅典就缺乏严密的诉讼制度。雅典法律体系中有一个重要的特征，那就是让每个公民都有权处理另一个公民的案件，并为他主持正义。这种权力既是起诉权也是辩护权。但是，雅典法律规定，只有雅典男性公民才享有起诉权，奴隶除外，异邦人只有通过他的保护人才能起诉，所谓“保护人”必须是雅典公民，并且愿意为异邦人提起诉讼。

诉讼分为私人诉讼和公共诉讼两种，其主要区别是：（1）前者仅能由受害人或其法定代理人提出，后者任何享有完全权利的公民均可提出；（2）前者在未结案前可以中途停止，后者必须进行到结案为止，否则课以罚金；（3）前一诉讼只能取得赔偿或罚款，而后一种控诉只能以刑罚惩罚犯罪者。注

希腊法律发展了许多不同形式的诉讼——控告、公诉或弹劾，对于不敬行为、暴力、不动产的侵害、个人财产的侵害等都可以通过诉讼提出诉求。每种诉讼都有其特点的名字。法律明确规定，即刻赔偿制度及自接收案件30天之内进行审判的做法。[注]同时，在公民大会上，每一个公民都有权对任何人提出弹劾，当然包括对于执政官等官员的弹劾，在得到公民大会的授权后，弹劾一案由法庭受理，并作出最终裁判。前已述的三位雅典公民针对苏格拉底提起的公诉，就是根据雅典公民的公诉权提起的。提起公诉的由头就是控告苏格拉底不尊敬城邦所尊敬的诸神，腐化年轻人的心灵，其目的是为了维护城邦的利益与安全。

（三）审理程序

案件的审理过程分为审查与裁判两个阶段。

1.审查

当原告向审判机构提起控告之后，审查工作即行开始。审查时，先由原告本人通知被告何日何时到庭，如果被告缺席，则采取缺席审查。被告如果对案件审查不同意，可以提出书面的反驳材料，结过审查，如果被告反驳书中提出的事实证据确凿有理，便停止审查。反之，被告未提出异议或反驳道的理由不充分，则法官便对案件进行实质审查。此时，双方都要提出一切必要的证据，包括相关的文件、誓词、证人的证言等。妇女和没有公民资格的男子的证词只适用于谋杀性质的案件，奴隶仅在酷刑下提供的证言才认为有效。证词要以书面的形式呈送法庭，证人必须出庭作证。原告如不能为其控告提出充分的证据，要被判处罚款，其控告若得不到五分之一陪审团成员的支持，原告须受罚款甚至鞭笞。

2.裁判

审查一结束，马上就要确定裁判日期。在裁判会上先宣读原告的申诉书和被告的反驳书，然后双方当事人发言进行辩论，有的还委托别人（雄辩家）撰写发言稿，并让委托人在法庭上宣读。如果当事人察觉到法官已经受到善辩的雄辩家的影响，对自己会产生不利时，可以雇用其他雄辩能力更强的人为自己辩护。双方辩论完毕后，法官采取秘密表决的方式对案件作出判决，当票数相等，而还有法官放弃表决时，被告便会被认为无罪。当事人人如不服判决，可向上诉法庭赫里埃提起上诉，赫里埃的判决为最终的裁决，不得再进行控诉，当事人必须执行判决。注

从实践的角度来讲，法庭上的程序大致如下：

> 诉讼当事人必须在没有法律顾问或辩护人的帮助下陈述自己的案情。控告人先说话，然后被告人回答，之后陪审团（有501个公民代表组成）在主审官不作任何指示或总结的情况下，直接以多数的投票结果做出给高是否有罪的裁判。如果正反两方面的票数相等，案件就被撤销；如果原告获得少于投票人总数1/5，他会被罚款。如果根据陪审团的投票结果判决被告有罪，同时法律也没有定给予什么处罚，那么原告可以提议一个处罚方法，而被告也可以提出另一个处罚方案，再由陪审团在两者之间票决其一。此次投票的结果就是陪审团所作出的对于被告人的最终的判决结果。注

可见，古希腊的司法体制已经完全具备了现代司法的轮廓和雏形，其所设置的案件审查程序，实质上就是现在所谓的法庭调查阶段，而裁判阶段所包含的辩论、判决等程序，就是现在所谓法庭辩论、双方当事人陈述和判决阶段的结合。现代审判中的所有程序在古希腊时代实际上已经初步建立起来。这是历史的一大进步，更是法治的一大进步。雅典的法律和司法程序对以后的罗马法乃至近现代的司法制度都有着直接或者间接的深刻影响。

1. 参见何勤华主编：《外国法制史》（第四版），法律出版社2006年版，第47页。
2. 关于《格尔蒂法典》的基本情况和特点，读者可参见易继明：《〈格尔蒂法典〉与大陆法私法的源流》，载《外国法译评》1999年第1期。
3. 【美】威尔·杜兰：《世界文明史—希腊是生活》卷二，幼狮文化公司译，东方出版社1999年版，第323页。
4. 关于雅典公民等级划分的具体情况可参见本章第一节“古代的希腊”和第三节“雅典政制”中的内容，这里不再赘述。
5. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第42页。
6. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙云申译，中国友谊出版公司2005年版，第77页。
7. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.135.
8. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，pp.138、137.
9. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.139.
10. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.123.
11. 参见【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第40页。
12. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.128.
13. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年版，第130页。
14. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年版，第131页。
15. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第44页。
16. 参见裔昭印：《古希腊的妇女—文化视域中的研究》，商务印书馆2001年版，第72页。
17. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.89.
18. see Douglas M. Macdowel， The law in Classical Athens， Thames and Hudson LTD Press，London，1978，p.92.

19. Ibid.，p.101.

20. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第45页。

21. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第45页。

22. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙运申译，中国友谊出版公司2005年版，第78页。

23. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第45页。

24. 参见【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第39—40页。

25. 参见【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第41页。

26. 克里托是和苏格拉底住在同一区里的人。他与苏格拉底自小就是朋友，与苏格拉底同龄，他尊苏格拉底为老师，也是苏格拉底最后时刻在他身边的几个人之一。据柏拉图《苏格拉底之死》记载，当时苏格拉底死之前在他身边的人有克里托、爱立斯人斐多、厄科克里拉底、西米亚斯、克贝。其中斐多、厄科克里拉底是苏格拉底的学生。苏格拉底的妻子克姗西帕和他们的一个孩子曾经来到监狱探望苏格拉底，后来应苏格拉底的要求几名克里托的佣人把他们带出了监狱。

27. 阿斯克勒庇俄斯是雅典的医疗之神。用公鸡致献有两种方式：其一是害病人在晚上临睡前在神的管区里致献，希望醒来的时候病已痊愈；其二是在痊愈后致谢。苏格拉底在此时说这样的话夹杂着幽默和虔敬，他是希望自己能够摆脱肉体的痛苦，所以要献鸡仪表谢意。参见上书，第237页注释①。

28. 【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第236—237页。

29. 【古希腊】色诺芬：《回忆苏格拉底》，吴永泉译，商务印书馆1984年版，第189页。

30. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙运申译，中国友谊出版公司2005年版，第73—74页。

31. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙运申译，中国友谊出版公司2005年版，第77页。

32. 参见【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙运申译，中国友谊出版公司2005年版，第76—77页。

33. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第46—47页。

34. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，孙运申译，中国友谊出版公司2005年版，第78页。

35. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第47页。

36. 参见【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第40—41页。

第四节
古希腊的法律思想体系

一、古希腊法律思想的发展阶段

古希腊是西方文明的源头，包括哲学在内的众多近代西方学说都发端于此。然而，古希腊并未产生法学这一学科，其中的主要原因是古希腊时期时间较短以及当时的希腊社会较为动荡。虽然古希腊并未产生法学，但是，古希腊的法律思想已经显现出了一片繁荣景象。

西方思想学界中的主流认为，古希腊法律思想的发展阶段大致可分为四个阶段：

（一）起源时期

古希腊法律思想的起源时期同时也是西方法律思想的起源时期。古希腊最早的法律是城邦宗教的一部分，法律思想在这一时期便沾染上了浓厚的宗教气息，这也奠定了西方法律思想宗教色彩浓厚的基调。在这一时期，古希腊的法律观是神话的法律观。古希腊人认为，法律源于神赐，因而法律是神圣的；正是因为法律是神圣的，所以希腊人不愿意轻易更改法律，视法律为高级的来自于神谕的客观力量。稍晚一些，正义被视为神话的法律观的一部分，于是，正义便在西方的法律观中确立了其无可替代的地位，即法律就是正义。

（二）自然哲学家与智者学派时期

哲学源于古希腊的自然哲学家和智者的思想，因而古希腊早期的法律思想同样来源于这两大学者群体。自然哲学家用理性探究外在事物的本源，其法律思想以正义为核心。他们认为，正义与自然之间存在某种自然关系，从而将法律分为自然法与人为法，并认为人为法来源于自然法。智者们崇尚理性，他们的法律思想分为三种主要观点，即：

1.社会契约论

此观点认为，法律是人之间互相自觉缔结契约的结果，是一种互相保持正义的约定。法律的规则则是依契约而制定的，而非自然产生的。

2.自然法思想

此观点认为，只有一种神圣的、普遍的、合乎人性的不成文法才能使人类获得自由。

3.实证主义思想

此观点认为，法律体现的是强者的利益，正义也就是强者的利益。

（三）三贤时期

出现于公元前5世纪至公元前4世纪的著名的古希腊哲学家苏格拉底、柏拉图、亚里士多德被称为“古希腊三贤”，在他们的哲学思想中，法律思想占据了其中的很大部分，对西方世界有着极其深远的影响。

（四）伊壁鸠鲁学派和斯多噶学派时期

亚里士多德之后对古希腊影响较大的思想流派为伊壁鸠鲁学派和斯多噶学派，他们的法律思想各有不同。

伊壁鸠鲁学派以伊壁鸠鲁为代表。伊壁鸠鲁学派的哲学基础是唯物论，他们认为人的本性是趋向快乐的，快乐的手段是道德。他们的法律思想为社会契约论。他们认为，正义就是在于你的行为不致于害怕引起别人的愤恨。其思想后来成为重要的反抗基督教的思想。

斯多噶学派以斯多噶为代表。其法律思想的精髓即自然法思想。斯多噶学派将“自然法”或“自然”作为他们哲学体系的中心。他们认为，自然法这种理性乃是法律与正义的基础。从自然法的普遍性出发，斯多噶学派将自然视为世界主义思想的根据，提出了人人平等，世界城邦与世界公民的主张。斯多噶学派思想活动的时期为古希腊的末期，对古希腊的法律思想并未产生太多影响，但是其思想对随后而来的征服者——罗马的法律思想产生了深刻的影响。

应当说，至伊壁鸠鲁学派和斯多噶学派时期为止，古希腊的法律思想的发展便结束了，但古希腊的法律思想对后世却有着深远的影响。

二、古希腊三贤

（一）苏格拉底

苏格拉底（∑ωκρτη，Socrates，公元前469—公元前399），古希腊著名的思想家、哲学家，教育家，他和他的学生柏拉图，以及柏拉图的学生亚里士多德被并称为“古希腊三贤”，更被后人广泛认为是西方哲学的奠基者。身为雅典的公民，据记载苏格拉底最后被雅典法庭以不敬神及引进新的神和腐蚀雅典青年思想之罪名判处死刑。尽管他曾获得逃亡雅典的机会，但苏格拉底仍选择饮下毒堇汁而死，因为他认为逃亡只会进一步破坏雅典法律的权威，同时也是因为担心他逃亡后雅典将再没有好的导师可以教育人们了。

苏格拉底出生于希腊雅典一个普通公民的家庭。其父是雕刻匠，母亲是助产妇。苏格拉底生就有着扁平的鼻子，肥厚的嘴唇，凸出的眼睛，笨拙而矮小的身体。他容貌应当说是丑陋而非凡的，他平时语言朴实，却具有着非凡的思想。他出生在希波战争取得完全胜利的时刻和伯里克利的盛世。当时也正值智者从全希腊各地云集雅典，给民主制度雅典带来了许多新知和自由论辩的新风尚的时期。苏格拉底属于智者派的代表。年轻的苏格拉底曾向著名的智者普罗泰格拉和普罗第柯等人求教，讨论各种重要的社会人事和哲学的问题，又曾从女智者狄俄蒂玛受业，同时也受到奥尔斐秘教及毕达哥拉斯派的影响。苏格拉底一生过着艰苦的生活。无论严寒酷暑，他都穿着一件普通的单衣，经常不穿鞋，对吃饭也从不讲究。他的所有爱好和志趣就是专心致志地做学问，认真地教授学生智慧和思想。他没有留下任何著作，他的生平事例及成就思想，均由其弟子记录。这与比他年长82岁的中国春秋时期的孔丘（公元前551—公元前479年）有相似之处。

苏格拉底曾跟父亲学过雕刻手艺。后来他熟读荷马史诗及其他著名诗人的作品，靠自学成了一名博学的人。他以传授知识为生，30多岁时做了一名不取报酬也不设馆的社会道德教师。苏格拉底把自己看作神赐给雅典人的一个礼物和使者，他的任务就是整天到处找人谈话，讨论问题，探求对人自己最有用的真理和智慧。因此他的一生大部分是在室外度过的，喜欢在市场、运动场、街头等公众场合与各方面的人谈论各种各样的问题。这些问题几乎囊括了关乎人生和社会所关心的所有问题，诸如：什么是虔诚、民主、正义、非正义、善、恶、美、丑、美德、勇气、怯懦、诚实，虚伪、真理、知识、技能、政治、国家、人才、无知，等等。贯穿这些讨论的主题就是试图引导人们认识到这样一些真理：在这些对于人至关重要的问题上，其实人是非常无知的，因此，人们需要通过批判的研讨去寻求什么是真正的正义和善，达到改造灵魂和拯救城邦的目的。

苏格拉底把自己当做一个精神上的助产士，他的职责就是帮助别人产生他们自己的思想。他还把自己比作一只牛虻，是神赐给雅典的

礼物。他认为，神把他赐给雅典的目的，是要用这只牛虻来刺激这个国家，因为雅典好像一匹骏马，但由于肥大懒惰变得迟钝昏睡了，所以很需要有一只牛虻紧紧地叮着它，随时随地责备它、劝说它，使它能从昏睡中惊醒而焕发出精神。因此，苏格拉底把批评雅典看作是神给他的神圣的使命。到40岁左右，他便成为了雅典的远近闻名的著名人物，被认为是雅典当时最有智慧的人。

作为公民，他曾三次参军作战，当过重装步兵，在战争中表现得顽强勇敢，并不止一次在战斗中救助受了伤的士兵。此外，他还曾在雅典公民大会中担任过陪审官。在雅典恢复奴隶主民主制后，苏格拉底被控，以藐视传统宗教、引进新神、败坏青年和反对民主等罪名被判处死刑。他拒绝了朋友和学生要他乞求赦免和外出逃亡的建议，饮下毒酒自杀身亡，终年70岁。其实，苏格拉底的一生非常热爱雅典城邦，他不容许最神圣的信仰有丝毫的被亵渎，因此，他毅然选择死亡。他并非不珍惜自己的生命，但他更注重自己的灵魂，他相信神无处不在，无所不能，万事万物都是神有意识有目的的巧妙的安排。他于一生遵从法律，他是一个对于自己认定的真理的勇敢的追求者。

苏格拉底之死是一个悲剧，但在他的身后有一大批狂热的崇拜者和激烈的反对者。他一生没留下任何著作，他的行为和学说，主要是通过他的学生柏拉图和色诺芬著作中的记载流传下来。他的影响却是巨大的。在欧洲文化史上，他一直被看作是为追求真理而死的圣人，与孔子在中国历史上所占的地位相同。哲学史家往往把他作为古希腊哲学发展史的分水岭，将他之前的哲学称为前苏格拉底哲学。他以一种对哲学的崭新理解开创了希腊哲学的新纪元，更以其灵魂转世与净化的基本思想，给柏拉图以极其深刻巨大的影响，并通过他们一直影响到希腊化罗马时代乃至后世的西方哲学。

由于苏格拉底本人没有著作，要研究苏格拉底的哲学信仰我们只能从他的学生柏拉图和色诺芬的记载中加以探索，然而他们两人的记载又往往是互相矛盾的，因此对于哪位的记载更接近于真相一直是学

界争论的话题。有些人认为，苏格拉底其实并没有任何特定的信仰，而是只会加以盘问每种信仰；在《理想国》中他发表的冗长理论其实是柏拉图的想法。有些人认为他其实没有半点自己的信仰和理论，但对此又有许多争论，因为要从记载中区分柏拉图和苏格拉底两人的概念相当的困难，同时要解释他们的概念又更为困难。

在苏格拉底以前，希腊的哲学主要研究宇宙的本源是什么，世界是由什么构成的等问题，后人称之为“自然哲学”。苏格拉底认为再研究这些问题对拯救国家没有什么现实意义。苏格拉底开始研究人类本身，即研究人类的伦理问题。苏格拉底认为，哲学家的定义应该是热爱智慧的人，而不是有智慧的人，后人称苏格拉底的哲学为“伦理哲学”。苏格拉底为哲学研究开创了一个新的领域，使哲学“从天上回到了人间”，奠定了以后哲学研究的主流方向。

苏格拉底的哲学研究的范畴可以概括为人的心灵、灵魂、真理、辩证法、教育、伦理、辩论方法等。从智者开始，古希腊哲学由注重对自然本身的研究转变到注重对社会伦理和人的研究。但他们只停留在感性的阶段。到苏格拉底才根本改变了这种状况。苏格拉底把哲学从研究自然转向研究自我，他认为人类对于自然的真理的追求是无穷无尽的；由于感觉世界常变，因而得来的知识也是不确定的。苏格拉底要追求的是一种不变的、确定的、永恒的真理，这就不能求诸于自然外界，而要返求于己，研究自我。他的名言是认识你自己。因此，从苏格拉底开始，自我和自然被明显地区别开来，人也不再被看做仅仅是自然的一部分，而是和自然不同的另一种独特的实体。

（二）柏拉图

柏拉图（Πλτων，Plato，公元前427年－公元前347年），古希腊的大哲学家，苏格拉底的学生，亚里士多德（公元前384年－公元前322年）的老师。他一生大部分时间居住在古希腊民族文化中心的雅典。

柏拉图生于一个富裕的贵族家庭，他的父亲是苏丹（Sultan）、母亲是克里提俄涅（Perictione），他在家中排行第四。他的家庭是古雅典国王的后裔，他也是当时雅典知名的政治家柯里西亚斯（Critias）的侄子。柏拉图的原名为亚里斯多克勒斯（Aristokles），后来因为他强壮的身躯而被称为柏拉图，在希腊语中，Platus一词是“平坦”、“宽阔”等意思。但是，柏拉图这个名字也可能是来自他流畅宽广（platutês）的口才，或是因为他拥有宽广的前额。公元前399年，苏格拉底受审并被判死刑，这使得柏拉图对当时雅典的政治体制彻底绝望，于是他开始周游意大利半岛、西西里岛、埃及、昔兰尼加等地以寻求知识。据说他在40岁时，约公元前387年结束旅行返回雅典，并在雅典城外西北角创立了自己的学校，即著名的柏拉图学院，这所学院成为西方文明最早的有完整组织的高等学府之一，也是中世纪时期在西方逐渐发展起来的高等教育机构—大学的前身。

柏拉图钻研过数学、天文学及纯粹哲学，与师而兼友的苏格拉底密切交往，反复论证一些他认为是极其有意义的哲学命题。因此，当公元前339年雅典民主派当权，以传播异说，毒害青年为由，将苏格拉底判以死刑，他亲眼目睹了苏格拉底从容答辩，竟以身殉理的场景，令他心伤至极，终身不能忘怀。于是，他决心以苏格拉底为榜样，继承和发扬苏格拉底的未竟大业。但是，他与苏格拉底不同的是，苏格拉底一生不著一字，而柏拉图则是西方哲学史上有大量著作留传下来的最最早的、最伟大的哲学家。

柏拉图的主要著作有：《伊壁鸠鲁篇》、《苏格拉底的申辩》、《克力同篇》、《斐多篇》、《克堤拉斯篇》、《泰阿泰德篇》、《智士篇》、《政治家篇》、《巴曼尼得斯篇》、《菲力帕斯篇》、《飨宴篇》、《斐德罗篇》、《阿奇拜得篇之一》、《阿奇拜得篇之二》、《高尔吉亚篇》、《智者篇》、《政治家篇》、《斐利布斯篇》、《法律篇》、《理想国》、《苏格拉底之死》。

柏拉图的政治法律思想自成体系：

（1）设计了理想国的蓝图

在《理想国》一书中，他设计了一幅他理想中的国家政体结构的蓝图。在这幅蓝图中，他把国家的公民分为智慧、勇敢和欲望3种品性，又根据这三种品性，把公民划分为治国者、武士和劳动者3个等级。第一个等级中的人凭借自己的智慧和道德统治国家；第二个等级中的人则凭借自己的忠诚和勇敢，辅助治国者治理国家，并承担起保卫国家的职责；第三个等级中的人的主要职责是为国家生产和提供物质生活资料。这三个等级的人必须要各司其职，各安其份。他们之中的治国者应当是德高望重的哲学家，他们凭借智慧和理性公正地治理国家。国家的全体公民都必须要接受终身教育。

（2）定义了政治及真政治家的概念

公元前367年至公元前361年间，柏拉图后两次去塞拉求斯，他试图为他所设计的理想国建立起一套法律体系。他在塞拉求斯的立法工作激怒了塞拉求斯的暴君老狄奥尼修斯，他将柏拉图卖为奴隶，几经周折后被赎出。后来柏拉图第二次去了塞拉求斯，这一次他是为小狄奥尼修斯立法。但是，无论如何可以让人确认的是，柏拉图的理想国的政治实践在古希腊遭受到了挫折。于是，便产生了《政治家篇》，反映出他的政治思想开始发生变化。《政治家篇》的主旨是讨论真政治家及政治的定义。柏拉图在这篇对话中提出了政治中道、混合的概念，首次明确论述了法律的作用并以法律作为划分政体的标准。他认为，真政治家（哲学王）无需用法律统治，但现实中真政治家极为罕见，即使有真政治家，法律也还有一定的作用。因为政治不仅是一种艺术，亦是一门科学。法律对于政治家，犹如教练和医生的训练方案和处方一样，法律虽然在理论上是荒谬的，在实践中却是必要的。

（3）提出人类必须有法律并要遵守法律

柏拉图在其最后的著作《法律篇》中进一步提出了其独特的法律思想。他推崇哲学王的统治，认为“没有任何法律或条例比知识更有威力”；但是，他又强调人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活

将如同最野蛮的兽类。在这一思想指导下，他在12卷的《法律篇》中，设计了他的“第二等好”的城邦，包括地理环境、疆域大小、人口规模与来源、国家经济生活、阶级结构、政治制度、法律等细则。由于指导思想的变化，第二等好的城邦与《理想国》中的正义之邦相比，在具体措施上有很大区别。主要有：政治制度由哲学王执政的贤人政体转为混合政体，以防止个人专权；《理想国》主张统治者实行公产、公妻、公餐、公育制，《法律篇》则恢复了私有财产和家庭；《理想国》中划分公民等级是依照其先天禀赋的优劣，而《法律篇》则是按照后天财产的多寡。反映了柏拉图政治思想从纯理论阶段向实践的转化。

（三）亚里士多德

亚里士多德（Αριστοτέλης，Aristotle，公元前384年—公元前322年），世界古代史上伟大的哲学家、科学家和教育家之一，堪称希腊哲学的集大成者。他是柏拉图的学生，伟大的马其顿国王亚历山大大帝的老师。公元前335年，他在雅典办了一所叫吕克昂的学校，被称为逍遥学派。马克思曾称亚里士多德是古希腊哲学家中最博学的人物，恩格斯则称他是“古代的黑格尔”。作为一位百科全书式的科学家，他几乎对每个学科都做出了贡献。他的著作涉及伦理学、形而上学、心理学、经济学、神学、政治学、修辞学、自然科学、教育学、诗歌、风俗，以及雅典法律。亚里士多德的著作构建了西方哲学的第一个广泛系统，这个系统包含了道德、美学、逻辑和科学、政治学和玄学。

亚里士多德出生于色雷斯的斯塔基拉，这座城市是希腊的一个殖民地，与正在兴起的马其顿相邻。他的父亲是马其顿国王腓力二世的宫廷御医。17岁时，他赴雅典在柏拉图学园就读达20年，直到柏拉图去世后方才离开。因而，他对生物学和实证科学饶有兴趣，而在柏拉图的影响下，他又对哲学推理发生了兴趣。在柏拉图学园中，他表现很出色，柏拉图曾称他是“学园之灵”。但他同大谈玄理的老师不同，

他努力地收集各种图书资料，勤奋钻研。公元前347年柏拉图去世，亚里士多德在雅典继续呆了两年。由于学园的新首脑比较赞同柏拉图哲学中的数学倾向，令亚里士多德无法忍受，便离开了雅典。此后，他开始游历各地。

离开学园后，亚里士多德先是接受了先前的学友赫米阿斯的邀请访问小亚细亚。赫米阿斯当时是小亚细亚沿岸的密细亚统治者。亚里士多德在那里还娶了赫米阿斯的侄女为妻。但在公元前344年，赫米阿斯在一次暴动中被谋杀，亚里士多德不得不离开小亚细亚，和家人一起到了米提利尼。公元前343年，亚里士多德又被马其顿的国王腓力浦二世召唤回故乡，受国王腓力二世的聘请，担任起当时年仅13岁的亚历山大大帝的老师。当时，亚里士多德42岁，他对这位未来的马其顿国王灌输了道德、政治以及哲学方面的知识。同时，他也运用了自己的影响力，对亚历山大大帝的思想形成起了重要的作用。正是在亚里士多德的影响下，亚历山大大帝始终对科学事业非常关心，对知识十分尊重。公元前335年腓力浦去世，亚里士多德又回到雅典，并在那里建立了自己的学校。学园以阿波罗神殿附近的杀狼者（Lyceum）来命名。在此期间，亚里士多德边讲课，边撰写了多部哲学著作。亚里士多德讲课时有一个习惯，边讲课，边漫步于走廊和花园，正是因为如此，学园的哲学被称为“逍遥的哲学”。亚里士多德在这一期间也有很多著作，主要是关于自然学和物理方面的自然科学和哲学。他的作品很多都是以讲课的笔记为基础的，有些甚至就是他学生的课堂笔记。

亚历山大去世后，雅典人开始奋起反对马其顿的统治。由于和亚历山大的关系，亚里士多德不得不因为被指控不敬神而逃到加尔西斯避难，他的学园则交给了狄奥弗拉斯图掌管。就在这个时局动荡的年代里，亚里士多德重返雅典，在那里一住就是二十年，即从亚历山大出发远征的前一年到亚历山大去世的那一年。亚里士多德在雅典受到了很多的优待，除了在政治上的显赫地位以外，他还得到了亚历山大和各级马其顿官僚大量的金钱、物资和土地资助。他所创办的吕克昂学园，占有阿波罗吕克昂神庙附近广大的运动场和园林地区。他在这

里创立了自己的学派，这个学派的老师和学生们习惯在花园中边散步边讨论问题，因而得名为“逍遥派”。当亚历山大去世的消息传到雅典时，那里立刻掀起了反马其顿的狂潮，雅典人攻击亚里士多德，并判他为不敬神罪，似乎他要重蹈他的师祖—苏格拉底的后尘。但是亚里士多德没有再走苏格拉底的老路，他最终逃出了雅典。公元前322年3月7日，亚里士多德因身染重病离开人世，终年63岁。去世的原因可能是因为疾病，但同时还存在着被毒死，或者由于无法解释潮汐现象而跳海自杀致死等种种猜测。

亚里士多德的著作极丰，几乎涵盖了当时人类所知的所有科学：

逻辑学著作有：《范畴篇》、《解释篇》、《前分析篇》、《后分析篇》、《论题篇》、《辩谬篇》，以上六篇逻辑学著作总称《工具论》。

形而上学著作有：《形而上学》。

自然哲学著作有：《物理学》、《气象学》、《论天》、《论生灭》。

动物学著作有：《动物志》、《动物之构造》、《动物之运动》、《动物之行进》、《动物之生殖》、《尼各马克伦理学》、《158城邦制》。

医学科学著作有：《论灵魂》、《论感觉和被感觉的》、《论记忆》、《论睡眠》、《论梦》、《论睡眠中的预兆》、《论生命的长短》、《论青年、老年及死亡》、《论呼吸》、《论气息》。

伦理学和政治学著作有：《尼各马可伦理学》、《优台谟伦理学》、《政治学》、《大伦理学》、《欧代米亚伦理学》、《论美德和邪恶》《经济学》。

美学著作有：《修辞学》、《诗学》、《亚历山大修辞学》。

亚里士多德的法律（政治）思想大致可以概括为以下几个方面：

（1）推崇民主制和君主制的结合

亚里士多德认为，城邦高于公民，但是人也要有自己的权利，城邦和公民利益之间要平衡。因而，他提出了公平的正义和交换的正义的均衡正义原则。他指出，对于不同出身、财产、地位、能力的人要平等对待，而对于特殊的任务也可以给予特殊的优待。为此，他非常推崇民主制和君主制的结合，即：在立法问题上实行民主，在行政上实行君主制。他希望借此体制在维护城邦整体利益的同时也要保证公民的各种利益，并提出了分权学说。《政治学》是亚里士多德最重要的政治学论著。

（2）主张法治

他依据统治者的人数多少和是否维护全体公民利益的标准，把城邦分为六大类。并且论证了各种政体的演变，而演变的过程就是逐渐变坏的过程，造成这个现象的原因是那种综合的正义原则被破坏。他主张从现实的国家出发，防止国家堕落和促进国家的发展。他对人性和理性持怀疑态度，因而主张法治，认为法律的来源也不是人的理性或者学者的思考，而是来自于历史和传统中为人们所遵循和认知的东西，也就是历史的理性。他对变法和改革持一种十分谨慎的态度，认为非到万不得已不宜改革。

（3）倡导正义

亚里士多德将正义定义为两个部分，即一般的正义和特别的正义。一般的正义是亚里士多德所提出的正义形式，只有在一个完美的社会里才可能存在。特别的正义则是对于特定的犯罪或非正义行为施加惩罚。他主张人需要受过训练的判断能力，以判断特定事件正义与否。他认为，发展好的习惯可以培养出好的人类，而练习奉行中庸之道则可以让一个人活的更健康、快乐。

（4）推崇城邦制

在《政治学》一书中，亚里士多德致力于城邦制的建设。在他的思想里，城邦是非常有组织的自然共同体。他还认为在城邦与家族及个人的先后次序及关系上，城邦应当优先于家族，而家族又优先于个人。他还提出了他的一个著名的思想——“人本质上是政治动物”（Men is by nature a political animal.）。亚里士多德把城邦理解为是政治上“合伙”，而不在社会契约之下的组织，也不是政治共同体。而且，建立城邦的目的不是为了避免不公平或为了经济稳定，而是为了使城邦中的人民过上良好的生活。因而，“政治上合伙必须被尊重，它是为了高尚行为而存在的，而不是为了生活在一起而存在的”。

亚里士多德是将伦理学与政治学区分开来的第一人，他是名符其实的古代政治学的开创者和缔造者。

三、古希腊法律思想概述

（一）国家和法律的起源理论

在国家起源的问题上，柏拉图在其早期著作《普罗泰戈拉篇》中论述道：尽管原始人有能力养活自己，但他不能凭借一己之躯来抵御野兽的袭击，在这个阶段，人还不具有与他人耕田生活的能力，后来，人们懂得了联合他人以防御来自大自然的威胁的必要性，并通过建立城邦来达到自保的目的。最初这一努力不是那么有成效，因为人们彼此之间总是恶意相向的。但是，最终是宙斯令人们彼此尊重，并赐予他们正义感，才使得城邦的存在成为可能。他还认为，生活在习惯和族长制的统治之下，人们并没有对成文法的要求，但是，当人类群体渐渐聚合为大的社区的时候，便最终形成了类似国家的政体。

亚里士多德也认为，城邦的起源过程是一个由人构成的单位渐进而自然的增益的过程，其起初是家庭，而后由邻近的村落的联合演化为城邦。对于这个过程他演绎为：

> “由于男女童主奴这两种关系的结合，首先就组成家庭。……家庭就成为人类满足日常生活需要而建立的社会的基本形式；……为了适应更广大的生活需要而由若干家庭联合组成的初级形式——便是‘村坊’。村坊最自然的形式是由一个家庭繁殖而衍生的聚落；因此，有些人就称聚居的村人为‘同乳子女’，或称这样的聚落为‘子孙村’。……家庭常常由亲属中的老人主持，各家所繁衍的村坊同样地业由年辈最高的长老统率，君王正是家长和村长的发展。……等由若干村坊组合而为‘城市’，社会就进化到高级而完备的境界，在这种社会团体以内，人类的生活可以获得完全的自给自足；我们也可以这样说：城邦的长成出于人类‘生活’的发展，而其实际的存在却是为了‘优良的生活’。早期各级社会团体都是自然地生长起来的，一切城邦既然都是这一生长过程的完成，也该是自然的产物。这又是社会团体发展的终点。”[注]

因而他认为，城邦是出于自然的演化，而人类自然是趋向于城邦生活的动物自然成长的产物，人因其本性而成为趋于建立城邦的政治动物。[注]于是，他得出结论：“人类所不同于其他动物的特性就在他对善恶和是否合乎正义以及其他类似观念的辨认，而家庭和城邦的结合正是这类义理的结合。”[注]

至于法律的起源，古希腊哲学家们创设了一个欧洲政治和法律思想中最为重要的基础理论——社会契约理论。该理论认为，公民服从法律和政府的基本义务，仰赖于公民与城邦缔结的原初契约，而每个个体仍然保留其契约当事人的身份。[注]

柏拉图认为，在古代，人们当时尚无立法者，当时根本没有这一类东西存在，最初连文字也没有，人们根据习惯或他们称之为他们祖先的法律而生活。[注]

（二）法律的目的与功能

柏拉图认为，法律的基本意图是让公民尽可能的幸福，并在彼此友好关系中最高度地结合在一起。他反对人们彼此间老是打官司或经常发生非法行动。[注]

柏拉图在《理想国》中强调法律的任务是服务于公共利益，指出："在任何一个政府里，当他是统治者的时候，他不能只顾自己的利益而不顾属下老百姓的利益，他的一言一行都为了老百姓的利益。"[注]在《法律篇》中柏拉图批评为强者利益垄断而满怀猜忌地行使权力的政权，指出：

> "有这样的政府，当发生权力冲突时，获胜的一方独揽大权，拒绝失败的一方和他们的后代分享政府权力，他们彼此窥视着，心中怀着无穷的恐惧情绪，当权者生怕有朝一日被失败的一方夺走权力，并起来反对他们，清算积怨。按照我们的观点，这样的政府根本不是真正的政府，正如不是根据全国的利益而只是根据部分人的利益制定法律的国家，不是真正的国家，他们所说的公正是毫无意义的。我之所以这样说，就是要坚持任何国家的政府，凡当权者是由于他很有钱或者具有权势，地位高，出身名门等优越条件而执政，那么，这些政府都是不可信赖的；只有那些最能遵守国家法律的人，才能在这场考验中获得最高的荣誉……我就称这些官吏是法律的仆人或法律的执行官。我这样称呼他们并不是随便说的，我确信他们具有遵守法律品德，这是决定国家兴衰的因素。如果一个国家的法律处于从属地位，没有权威，我敢说，这个国家一定要覆灭；……"[注]

在这里，柏拉图指出，只有立法目的是为了整个城邦的共同福利，我们才称其为真正的法律；否则，我们就应当否认它们是宪政体制。如果，法律仅仅是为了一部分人的利益而制定时，这些法律应当称为集团的法律而非宪政体制下的法律，这些法律就根本称不上所谓"正义"。可见，柏拉图所设想的法律不仅是对社会内一部分利益进

行调整，而且它的主要功能是使整个社会达到理想的完美程度，一句话，法律是为全体公民服务和谋取社会全体人员的共同福利为其主要功能和目标的，而不是仅仅为少数人服务和谋取福利的工具。因此，在柏拉图的心中，法律在构建一个国家方面具有极为宽泛的功能，而绝非仅仅集中于某一点。也就是说，法律的最主要的功能是要构建起一个鼓励和劝诫人们追求美德和善良，并且建立起一个能够培养有道德教养的人，对于不服从城邦法律的人施以惩罚和刑罚，并把无可救药的人彻底逐出城邦的理想社会。实际上，在这里柏拉图也阐述了国家与法律的关系问题，那就是——国家的统治和治理必须服从法律，如果国家的法律在人民心中没有了权威，这个国家就一定要灭亡。因此，法律的最重要的目的和功能之一就是维护国家的正常运转和秩序。

（三）法治观

关于法律的性质，柏拉图指出，在家庭和国家两方面都要服从我们内心中那种永恒的质素，它就是理性的命令，我们称之为法律；人们不要把法律普遍地看成和平、或战争、或德行；它是现存政府的利益、力量和保存，是表明什么是公正的天然定义的最好办法。(注)

柏拉图认为，人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活将像最野蛮的兽类一样。他认为：人类的本性将永远倾向于贪婪与自私，逃避痛苦，追求快乐而无任何理性，人们会先考虑这些，然后才考虑到公正和善德。这样，人们的心灵是一片黑暗，他们的所作所为，最后使得他们本人和整个国家充满了罪恶。如果有人根据理性和神的恩惠的阳光指导自己的行动，他们就用不着法律来支配自己；因为没有任何法律或秩序能比知识更有力量，理性不应该受任何东西的束缚，它应该是万事的主宰者，如果它真的名副其实，而且本质上是自由的话。但是，现在找不到这样的人，即使有也非常之少；因此，我们必须作第二种最佳的选择，这就是法律和秩序。(注)在这里，柏拉

图的性本恶的思想，与中国战国时期法家的思想不谋而合。他们的共同逻辑是：之所以要强调法律与秩序，是因为人们本性中的恶的成分（贪婪、自私、逃避痛苦、追求快乐）会使得他们自己和整个国家充满了罪恶，因此，法治就成为国家和社会必不可缺的利器，要想使得社会长治久安，就必须把法律与秩序纳入到人类的生活之中去，并且成为国家的一个基本的国策和治国基础。这个治国基础就是法治。

柏拉图在《理想国》中把官员称为法律的仆人，指出，如果一个国家的法律居于次要地位，没有权威，那么，这个国家一定要覆灭；如果一个国家的法律在官吏之上，而这些官吏服从法律，这个国家就会获得诸神的庇佑和赐福。注

柏拉图在描述苏格拉底死前他的朋友克里托提出让他逃离雅典之时，苏格拉底说：

> “假定我们准备逃离此地的时候（或者用其他方式来描述沃恩正在做的事）雅典的法律和宪法突然出现在我们面前并且拦住我们，问我们道：‘哟，苏格拉底，你想干吗？你能否认，藉着你现在想做的事，只要你能力许可，你意图毁了我们——法律——以及整个国家？当公开宣布的法律被它没有公职的百姓取消并且破坏，因而失去它们效力的时候，你想象这个邦国还能生存下去而不被颠覆吗？’”注

在这段对话中，苏格拉底已经明确地指出，如果他逃离雅典，那么，他就将毁了雅典城邦和法律的尊严，而一个失去了法治的国家是无法生存下去的，迟早要被颠覆的。这次谈话中，苏格拉底还反复强调了作为一个雅典公民遵守雅典法律的重要性和必要性，而且特别指出，一个因犯罪而逃离雅典的人，他就是一个犯重罪的人。注可见，苏格拉底之死，既是由自己的性格所决定的，也是苏格拉底所表现的敬畏法律的思想所决定的。在苏格拉底看来，遵从法律不仅仅是法律

义务也是道德义务。希腊人特别是雅典人具有深厚的敬畏法律的精神与文化。这种思想是后世法治思想的源泉，今天人们所共同认可的所谓敬畏法律、服从法律是人的法律义务，也是道德义务，人必须自觉认同法律，遵守法律的理念，应当就来自对于2000多年之前的古希腊法律文明的传承。

亚里士多德在逐一分析了斯巴达的君主政体、蛮族的专制君主政体、民选总裁式的公举僭主制政体和史诗（英雄）时代的王制四种君主政体的各自特点和利弊之后，提出了两个论题：（关于斯巴达式君主政体）是终身统帅的职权，对于城邦究竟是有利还是无利？（关于全权君主）全邦政务都由一人治理究竟是有利还是无利？进而他又提出了一个无论中西还是古今都一直在讨论的不朽的论题：由最好的一人或由最好的法律统治哪一方较为有利？[注]这个问题在本质上说，就是我们所说的所谓“人治还是法治”的问题。在此问题上，亚里士多德认为，完全按照成文法律统治的政体不会是最优良的政体。于是，他提出了以下结论：

> “这就的确应该让最好的（才德最高的）人为了立法施令的统治者了，但在这样的一人为治的城邦中，一切政务还得以整部法律为依归，只在法律所不能包括而失其权威的问题上才可让个人运用其理智。”[注]

可见，在这里，亚里士多德是在不抹杀个人才智的有利作用下，强调了法律的作用。他与柏拉图所尊崇的所谓尚法不如尚智，尚律不如尚学的理论相比，似乎稍稍偏重于法律。[注]但是，他又认为：以一人高高凌驾于全邦人民之上是不合乎自然的，也是不相宜的，因此，他主张还是以法律为治，法治应当优于一人之治。即便有时国政仍须依仗某些人的智虑（人治），也得以法律来限止他们运用其智虑，让这些高级权力成为法律监护官的权力。他也认为，国家应当设置若干

职官，要是把全邦的权力寄托于任何一个个人，这总是不合乎正义的。注

针对一人之治，亚里士多德还认为：

> “一人之治还有一个困难，他实际上不能独理万机。他还得任命若干官员，帮助处理各项政务。……倘使说一人因为他比众人优良而执掌政权，是合乎正义的，那么两个好人合起来执掌政权就更合乎正义了。”注

继而，对于法治与人治的关系问题，他还进一步指出：

> “在我们今日，都承认法律是最优良的统治者，法律能尽其本旨作出最适当的判决，可是，这里也得设置若干职官——例如法官——，他们在法律所没有周详的事例上，可以作出他们的判决。就因为法律必难完备无遗，于是，从这些缺漏的地方着想，引起了这个严重争执的问题：‘应该力求一个（完备的）最好的法律，还是让那最好的一个人来统治？’法律确实不能完备无遗，不能写定一切细节，这些原可留待人们去审议。主张法治的人并不想抹杀人们的智虑，他们就认为这种审议与其寄托一个人，毋宁交给众人。参与公务的全体人们既然都受过法律的训练，都能具有优良的判断，……”注

亚里士多德认为，法治包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。注

可见，亚里士多德对于法治还是有相当深刻的认识的，他这种把人治与法治相结合的思想，比较符合当时的历史发展阶段，甚至于适合于当今那些民主政治尚欠成熟的国家。

（四）公平和正义观

对苏格拉底的审判一直被认为是人类法治史上的一大悲剧。现代西方学者认为，在一个崇尚自由的国度中，竟然将一个仅以语言方式向他人传输思想的人送上法庭并被判处死刑，实在令人难以想象和接受。所以，人们认为这显然是一场不公正和缺乏正义的审判。但是，如果从古希腊人对于程序正义的认识的角度去分析雅典法庭对于苏格拉底的审判过程，那么，我们就不难得出另外一个结论，那就是古希腊人具有的对于程序正义的认识与实践。

在亚里士多德所记载的雅典政制中，希腊人已经共同认可了一个理念，即：对一个人的惩罚只有通过审判的方式才能进行。这也可证明一个事实：古希腊人已经将“正义”与“法律”，密切地联系在了一起，他们认为，只有通过依据法律所进行的诉讼，才能实现人类所追求的“正义”。而且，在这种诉讼中，双方当事人都有充分表达自己意见的机会，因为，审判的理性基础就是控辩双方的辩论和陈述，如果不给予双方当事人陈述的机会，审判就无从进行。根据亚里士多德的记载，在雅典法庭上，双方当事人有两轮陈述辩论的机会，每次的时间均由水时计严格计时，双方都不得超过规定的时间；双方两次辩论完毕，主持审判活动的法官会询问当事人是否要否认对方所提出的证据，因为，一旦审判团开始投票表决，他们就不能再否认对方所提出的证据了。㊟从柏拉图所记载的“苏格拉底在法庭上——申辩篇”的记载来看，苏格拉底在法庭上同样被给予了充分表达意见的机会，仅申辩篇翻译成中文的篇幅就达50页。㊟

在雅典，担任陪审员的人的身份不仅相同，而且每人只有一票的权力。据亚里士多德的记载，凡年满30岁以上，不曾欠国库的债和不曾失去公民权利者，皆有充任陪审员的权利。㊟每年选出的陪审员必须前往雅典东南方的阿德托斯山上进行如下宣誓：

“我将根据雅典的法律和法令进行裁判，对于法律没有规定的地方，我将依照最公正的意见裁决。”㊟

在每次审判前，参加审判的陪审员也要进行宣誓：

“我将根据公民大会和议事会通过的法律和法令进行表决，法律没有规定的地方，根据我的正义感，毫无偏爱额仇视；我将只根据指控的事实进行表决；我将听取原告和被告双方的陈述，毫无偏私。”㊟

可见，在雅典虽然并没有出现职业法官，但是，当时对于参与审判活动的陪审员的资格和条件还是有一定的要求的，而且在审判的过程中必须谨遵法律的规定、根据指控的事实和体现公正、正义的原则及理念，已经成为了2000多年前雅典司法审判的基本原则。

此外，根据亚里士多德的记载，对于审判法庭的组成、法庭辩论如何进行、陪审员们投票表决如何开展、如何防止审判人员受贿、杜绝舞弊，保障司法公正，等等，雅典法律都作了详细的规定。例如，为了防止贿赂审判人员，设计了抽签规则，即首先依次选举当天要出庭的审判员，然后再抽签决定每个审判员应去的法庭，最后抽签决定各个官员应主持的法庭。㊟

苏格拉底虽然至死也不认为自己有罪，可是，他对于判决的程序并未提出过异议，他完全认可这一审判程序的合法性。尽管对于控诉方所指控的两个罪名（不敬神和腐化青年人）雅典的法律可能并没有规定，如果根据现代罪刑法定原则，这个案件的实体判决完全是错误的，但是，这并非表明当时的这次判决的非法性，而是它在告诉我们，在人类早期的法治活动中，实体法的规范是在具体案件中不断地发展和形成而来的，实体法中的一部分来自于具体案件的判决结果，这恐怕也是现代英美法所倡行的案例法的鼻祖和渊源。所以，毋宁说

苏格拉底的慷慨赴死是出于对雅典法律的尊崇，倒不如说是出于对这次审判程序的合法性的认可，亦即对于审判所表现出来的程序正义的认可。

当然，以身殉法的苏格拉底并没有提出系统的正义观，西方第一个系统地论述正义的哲学家则是苏格拉底的学生柏拉图，而将正义分析和理解到一个崭新的水准和高度则又是柏拉图的学生、苏格拉底的徒孙亚里士多德。

柏拉图的代表作《理想国》，就是以“正义”为红线而展开论述的。整篇著作可以看做是柏拉图论说其正义观的鸿篇。

在《理想国》中，柏拉图把正义分为国家的正义和个人的正义两种。所谓国家的正义就是国家的统治者、军人和武士及自由民三个阶层各守其职、各尽其责，使国家处于安全之中。正义就存在于社会有机体各个部分间的和谐关系中，只要每个阶层的成员能够专心致力于本职工作，且不去干涉其他阶层成员的工作，即“各守本分，各司其职”，这就是国家的正义。而个人正义就是人心中的三个部分各尽其职、各安其分，这三个部分是：理智以智慧统率心灵，意志以勇敢保护心灵，欲望以节制为心灵的正常活动提供生理基础。只有这三部分协调配合，人之心灵上课处于和谐安宁之中。

在古希腊的哲学家和他们的著作中，亚里士多德及其所著的献给他的儿子尼克马霍斯（Nicomachus）的《尼各马克伦理学》第5卷，是分析和论述正义和平等理念的最重要的著作。在这部书中，亚里士多德认为，正义只存在于那些相互关系受制于法律的人群之中，法律存在于有着不平等可能性的人群之中，因为司法意味着对抗正义和不正义的区分。他对正义分为一般正义和具体正义。一般正义是对于整个社会的关系而言，它要求社会成员的行为必须合乎法律，这种法律不仅包括国家颁布的成文法，还包括不成文的道德规范。因此，一般正义所表现的是一个人内在的能力和品德，它是所有美德的总和。具体正义是对于社会成员之间的关系而言的，其职责在于为协调社会成员

之间的分配关系和交往关系提供指导原则，其基本要求即使均等。而后，亚里士多德又进一步把具体正义分为分配正义和矫正正义。前者是指对共同体（社会）中荣誉、财富和其他可分割财产的分配，这这种分配可以是均等的，也可以是不均等的。正义就是合乎比例，非正义就是比例失调。这个比例就是：一个公正的分配，在最简单的情况下，涉及两个人、两份，于是，至少牵涉几何比例上的四个项，即第一项与第三项的比应当等于第二项与第四项的比，每一比例中的对应项可以互换。后者即我们所说的司法正义，法庭中的正义。其基本意义是改正错误，恢复业已失衡的平衡。他明确地指出，不公平就是不平等，法官的任务就是要对于这种不公平尽量给出补偿。因为，一个人受了殴打，而他人打了他，一个人遇害了，而他人杀了他，表征痛苦和行为的界线被分为不等的几份，但法官的职责在于尽力通过他施加惩罚和赔偿、剥夺罪犯的所得来使界线恢复均等。

亚里士多德又进而把矫正正义分为介入自愿以及非自愿两种情形。所谓介入自愿是指出售、购买、贷款、抵押、储蓄、出租等出于自愿基础是所达成的契约或者协议；而非自愿介入则是指盗窃、通奸、投毒、拉皮条、诱骗奴隶、暗杀、作伪证这些非公开的行为，以及殴打、监禁、谋杀、抢劫、辱骂、侮辱这些暴力行为。

亚里士多德认为，一般正义和具体正义又共同构成一个具体社会的政治正义。所谓政治正义是指自足地共同生活、通过比例达到平等或在数量上平等的人们之间的正义，而且这种正义只存在于可由法律调整的相互关系的人们之间。[注]但是，政治正义还不是最高意义上的真正正义。从正义的性质出发，亚里士多德又将正义分为自然正义和约定正义，并认为自然主义才是最高意义上的真正的正义。

那么这种自然正义如何实现呢？亚里士多德认为只有通过司法才能实现自然正义。他说：

“这就是人们有纷争时要去找法官的原因。去找法官也就是去找正义。因为人们认为，法官就是公正的化身，找法官也就是找中间，人们的确有时把法官叫做中间人，因为找到了中间也就找到了公正。所以公正也就是某种中间，因为法官就是一个中间人。”注

亚里士多德把司法活动作为维护和实现自然正义的方式和手段。

亚里士多德认为，公平者，谓一道德可以使人为正，行为用意，两俱公平者也。而不公则足以使其行为用意，胥属不公。因而，所谓公平，即为一种道德情态，而不公则为另一种，即破坏法律，妄取非分；公平人者，为守法之人，或为公正之人。所以，正者即指合法、公正，而不合法律又不公正，是乃不正也。因此，破坏法律者为不公，而守法之士则为公平，是则凡事之合法者，即为公平，而种种为有立法之权所定者，为合法，则是种种亦即为公平也。注

古希腊这些先贤们关于正义的分析和论述，在今天仍然能够给予我们一定的启迪，那就是：严格的守法，公正的司法，每个阶层的成员能够做到各守本分，各司其职，才能够实现真正的正义。

（五）惩罚理论

在本章第一节中所引述的希腊神话中，身为奥林匹斯主神之首，众神之主，天空、雷电、乌云之神宙斯的儿子的坦塔罗斯，竟然为了虚荣心妒忌诸神享有的天上的福祉而不惜犯下了偷盗、杀子的滔天大罪，因而受到了神的严惩。这是古希腊对于犯罪行为需要给予惩处的思想的直接反映。柏拉图认为，惩罚有矫正的一面，即强迫做了错事的人修正他的行为，同时也有威慑的一面，即警示他人不要仿效行恶之人。注他还认为，一切法律都承认犯错有自愿和非自愿之分。他将具体的杀人情形精细地划分为三类：第一类，非自愿杀人，比如运动事故，在这种情况下，行为人在完成净化仪式之后即可免除污名；第二类，无意图但显然有某种程度上的过失杀人，或许类似普通法上的

过失杀人罪；第三类，激情杀人，这类杀人又分为突如其来的愤怒冲动下的杀人行为和预谋是杀人行为两类。对于恶意程度大的行为应受到较重的刑罚，而恶意程度较小的行为则对应较轻的刑罚。例如，在雅典只有故意杀人和伤人以及毒杀和放火案件，才由议事会予以审讯；而非故意杀人以及杀害奴隶或异邦人的案件，则在帕拉狄温法庭审理；凡误杀或者杀死了正在犯罪（奸淫）的人，则在德尔菲尼审判；而如果一个人犯了一种准许赔偿的罪（轻罪），则由另外一个法庭审理。[注]这种按照不同性质的案件来划分管辖法庭的做法，实际上就体现了根据恶意程度的大小来决定适用何种刑罚的惩罚思想与观念。这是古希腊司法制度的又一个明显的特色。

---

1. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年8月第1版，第5、6、7页。
2. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年8月第1版，第7页。
3. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年8月第1版，第8页。
4. 【爱尔兰】约翰·莫里斯·凯利：《西方法律思想史》，法律出版社2010年8月第1版，第12页。
5. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第21页。
6. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第25页。
7. 【古希腊】柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第25页。
8. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第24—25页。
9. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第23页。
10. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第27页。

11. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第25页。

12. 【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第107—108页。

13. 【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第111页。

14. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第165页。

15. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第166页。

16. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第165页注释③。

17. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第170、171页。

18. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第173—174页。

19. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第174页。

20. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第202页。

21. 【古希腊】亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版，第70页。

22. 参见【古希腊】柏拉图：《苏格拉底之死》，谢善元译，上海译文出版社2011年版，第41—91页。

23. 【古希腊】亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版，第66页。

24. Demosthenes，Demosthenes I，James H. Vince （trans），Harvard University Press，1930，p.569.

25. Demosthenes，Demosthenes III，James H. Vince （trans），Harvard University Press，1935，p.469.

26. 参见【古希腊】亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版，第65—68页。

27. 【古希腊】亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第147—148页。

28. 【古希腊】亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第138页。

29. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第28—29页。

30. 【爱尔兰】约翰·莫里斯·凯利：《西方法律思想史》，法律出版社2010年版，第28页。

31. 参见【古希腊】亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版，第70页。

本章结论

古代希腊的文明是人类文明史上一朵耀眼的奇葩，它的文明的成果至今仍在深刻地影响着当今世界。尽管希腊没有形成统一的国家，但是希腊的文化特点鲜明突出，成为西方文化的基础。

首先，希腊从东方文明中汲取了有益的东西，他们采用了东方的字母表、数学和天文学。

其次，希腊的思想摆脱了过去神话解释说明未知事物的方法，力求用已知的事物和逻辑推理解释未知事物，希腊人因而成为后来西方发展的实验科学的创始者。

再次，学校的概念始于希腊，希腊人创立了数学、自然科学、语法学、修辞学、社会科学。这些科学都是欧洲课程体系的起始。

希腊还发明创造了悲剧和喜剧两种最主要的戏剧形式，希腊人让世人知道了，戏剧演出不仅是为了娱乐，它还具有劝导崇敬神祇的宗教功能和提出问题、引导公众参与城邦事务的政治功能。

从法治的角度，古希腊还是世界上第一个公民能参与国事的国家。这样的民主政治以自由和平等为条件，言论自由使批评和涌现新思想成为可能。它所创造的雅典政制体系，是迄今为止我们所知道的人类最早的民主政治体制。这种政治体制带给后世以深刻的影响，欧洲文艺复兴之后所兴起和倡导的政治体制，应当看做是雅典政制的延续和发展的结果。古代希腊政制体制应当是后世欧洲政治体制和政治文明的摇篮。直到今日，人们只要一提起古代的民主制度，首先想到的就是古代希腊雅典所创设那套政制体制。它的巨大的历史影响力直接推动了全人类法治文明的进程，是人类文明史上一盏永垂不朽的、异常闪烁的智慧之灯。苏格拉底、柏拉图、亚里士多德这些伟大的名

字同样是古希腊的骄傲，他们所创立和提出的闪耀着伟大智慧的法哲学和政治学、自然科学的基础理论和思想，更是古希腊遗留给后人的不可多得的精神财富。这些精神精品至今仍焕发着熠熠光彩。而把实在的事物抽象化，提出种种似乎不可能实现的幻想，恰恰是古希腊文明的主要特点。因此，直至现在，人们还是认为，构建西方的现代法律思想的基础和来源仍然是古希腊的法律思想。如果欲追溯和研究西方的法律思想的起源及其内容和特点，也必须追根溯源到2000多年前的古希腊的法律思想体系。希腊文明完全可以看做是欧洲政制文明的前驱和摇篮；而我们所探讨的古代罗马所创立的以私法为核心的法律体系，则又成为了欧洲法律文明的摇篮。因此，我们似乎也可以得出这样的结论：如果说雅典式的政制文明是欧洲现代各国政治体制的滥觞，那么，罗马式的法律文明，则是欧洲现代各国法律文明体系的摇篮。正是这二者的结合，才构成了当今世界欧美地区的法治文明。

第四章

欧洲法制文明的摇篮

第一节
意大利的自然条件及上古文化

一、意大利的自然条件

意大利位于欧洲南端，其北部是比较宽广的平原，平原以北是高耸入云的阿尔卑斯山，越过阿尔卑斯山便进入了中欧。其南部地区则是一个狭长的半岛，其地理特征就像一个巨大的长统皮靴深入到地中海中。亚平宁山脉贯穿其南部国土全境。半岛的东侧多是悬崖峭壁，海岸线平直缺少港湾；半岛的西侧则山势缓斜，形成了阿诺斯河、第伯河、伏尔图诺斯河和利瑞斯河等河流和埃特鲁里亚、拉丁姆、坎佩尼亚等较大的平原。在其附近有西西里、科西嘉和撒丁三个大岛及一些小岛，比较便利于与西部地中海的通航和联系。由于地理条件的特征，使意大利半岛西半部发展得早且快。如果将其与希腊半岛相比，二者不同的地理条件决定了二者不同的发展特点：希腊半岛上的各国，由于频临爱琴海，较早地获得了向东方发展的条件，因此，她较早地接受了地中海东部地区的文化；而位于地中海中部地区的意大利，很少有机会和条件接受东部地中海文明，而当时东部地中海的文明程度较之西部和中部地中海要先进得多。这样的自然地理条件，使得意大利形成了与希腊不同的，且具有着其独到特色的发展道路。

意大利半岛的气候属地中海型，冬雨夏旱，年平均温度较高，但少酷暑和严寒。半岛南部则近似亚热带气候，中部各地因山势高低和离海远近而略有差异。北部波河流域气候近似欧洲大陆，冬季山坡积雪很厚，夏季有雨，温差较大。这样的地理条件使得意大利半岛的农牧业较之希腊半岛发展得要早且发达。除此而外，在埃特鲁里亚和厄

尔巴还有铜、铅、锡、锌、铁等金属矿产资源。正是这样的地理气候条件，造就了一个与海洋文明为主体特色的古希腊文明完全不同的以农业文明为基础而建立起来的古罗马文明体系。古希腊文明的一个最突出的特点是海洋贸易的发达，海洋贸易发达的结果必然导致文化的多元性和丰富多彩，而以农业文明为其主要特色的古罗马文明，则显现出了与古希腊文明截然不同的、以发达的法律与法治文明为其鲜明特色的世界历史上独有的文明体系。在这个体系中，已经没有了古希腊文明里所表现出来的热情、奔放、浪漫、绚烂多姿的文明成果，其更多表现出来的则是凝重、庄严、理性的文明成果。如果将古希腊文明比作一朵鲜艳绚烂的玫瑰，那么古罗马文明则更像是一株无花果树，显得挺拔而肃穆。古希腊文明中所蕴含着的那些浪漫的史诗、神话般的故事、激荡心灵的戏剧、丰富的且带有极大理想主义色彩的政治法律思想，在古罗马文明中则已然荡然无存，它留给后人的是庄严的建筑、威武的军团、庄重的法典和令人敬畏的帝国及大帝。理解和认识到古希腊文明和古罗马文明的这些不同与差异，是我们深入探究古罗马文明的前提和基础。

二、意大利的上古文化

早在旧石器时期意大利半岛就有人类居住。这时的人类居住在洞穴里，使用打制的石斧、石刀等石制工具。到新石器时代（大约公元前4000年代）居民开始从事渔猎活动。从公元前3000年代起，意大利进入铜石并用的时代，居民除渔猎外，开始过渡到畜牧生活。大约在公元前2000年代开始意大利开始进入青铜时代，这个时代的标志是“宽口杯”文化。而意大利北部的特拉马尔文化和中部、南部的亚平宁文化，则是青铜时代意大利文化的典型代表。

遍布于意大利北部的波河中下游的特拉马尔文化的年代为公元前1600—公元前1500年间，这一时期的村落已经有了一定的格局，他们

都建立在一块四边形的土地上，用壕沟围绕，挖沟的土筑成围墙，围墙内的房屋是枝条和粘土结构，建在木桩和堆起的平台上，房屋成排成行，直角交叉，进村要通过一座桥跨过壕沟。这种村落有严密的社会组织。特拉马尔居民除使用石器和骨器外，已经广泛地使用青铜制造的镰刀、箭头、斧子和宝剑等。种植有麻类、豆类和麦类的农作物，蓄养有马、牛、羊、猪、狗等牲畜。意大利语“特拉马尔”意为黑色沃土堆，因此，有学者推定特拉马尔文化属定居的农业村落。

南方的青铜文化称亚平宁文化，从公元前1800年至公元前1500年是其发展期。其与特拉马尔文化的不同之处在于亚平宁文化对半属于半游牧部落，人们冬天居住在平川地带，夏日游牧于山区。从公元前12世纪开始农业定居才有所加强。居民广泛使用石制、骨制和角制的工具和青铜器。人们除了从事梨耕农业外，也从事畜牧业。

从公元前10世纪开始，意大利进入铁器时代。意大利的铁器时代文化称维兰诺瓦文化。那时的生产的器物有粗制的黑棕色或红色陶器、双耳骨灰罐、铜和铁制的长短剑等武器和装饰品。维兰诺瓦社会发展阶段处于军事民主制时代，尚未形成国家。但它已经有联合各村落组成城镇的趋势。

自上古以来，在意大利居住的居民先后有：旧石器时代和新石器时代遗留下来的古里亚人，散布于科西嘉、撒丁和西西里岛的部分居民，属于古地中海型的撒丁人、西卡尼人、埃里米人，以及在意大利东北部山地居住的尤干尼人和里提人等。他们被统称为前印欧民族。在公元前2000年到1000年间，陆续分几批从中欧地区穿越阿尔卑斯山移来了属于印欧语系的人种，他们逐渐由意大利北部向中部和南部发展，特拉马尔文化、亚平宁文化和维兰诺瓦文化就是他们遗留下来的遗迹。到公元前8世纪以后，这些人已成为了意大利的主要居民，其主体在中部意大利。

公元前8世纪，亚平宁山以西、第伯河以北的地方被一个与意大利各族极不相同的民族所占据。希腊人称这族人为第勒尼人，罗马人称

之为伊达拉里亚人或托斯其人，但他们自称为罗散那人。从种族和语言上说，伊达拉里亚人同意大利人和希腊人都不相同，其语言肯定非印欧语系。人们对于他们的来源至今尚有不同的说法。有说他们来自于小亚细亚的吕底亚，有说他们是意大利当地的土著居民。但是，从他们习惯于航海生涯的生活、生产习性和文化艺术特点来看，他们可能同希腊人以前的一支爱琴海居民有关，那里有一种人被称为第勒尼人。他们可能是在古希腊诸族南下的浪潮中，离开爱琴海或小亚等地向西航海到达意大利半岛西岸，以其较高的文化征服了当地原有的居民。他们最强盛的时候，曾向北发展占领了波河流域，在拉丁姆、坎佩尼亚、科西嘉和撒丁都建有殖民地。他们创造出了自己独特的文化，对于罗马早期文明的发展起到过很大的影响，直到公历纪元开始的时候，伊达拉里亚语还在罗马的托斯坎尼地区使用。这种语言虽然有发掘出来的数以千计的铭文和一部亚麻书在世，可至今尚无法解读。

除了上述居民外，还有希腊人和克尔特人。克尔特人即高卢人。大约在公元前600年之际，高卢克尔特王命其外甥培洛维苏斯最先带领六个人口过多的部落越过阿尔卑斯山到了波河以北，驱赶了当时占据那里的伊达拉里亚人。随后，又有几批高卢人进占波河南北，直到亚平宁山。到公元前4世纪初，高卢人中的一部分曾侵入伊达拉里亚和拉丁姆，一度对罗马构成威胁。他们给意大利带来了中欧的铁器文化，如利剑、马和战车等。

上古意大利居民的情况非常复杂，上面仅仅选了其中较为重要者概略地予以说明，其目的是为了让读者了解拉丁和罗马源起的背景。从这里我们可以看出，原始时代的罗马人是众多意大利居民中的一支，是拉丁部族中的一小部分。它是在吸收了其他部落，尤其是希腊人和伊达拉里亚人的文化而逐渐发展起来的。罗马文明实质上是吸收其他文明成果逐步发展起来的一个独具特色的文明体系。

三、伊达拉里亚文化

伊达拉里亚文化是由前述的伊达拉里亚人于公元前8世纪开始在意大利半岛创造出来的一个对于意大利半岛的文明具有承前启后作用的独特的人类文明。该文化自公元前8世纪开始出现，至公元前5世纪突然消失，前后历经4个世纪，被认为是罗马文化的渊源之一。

根据古典文献和考古发掘发现，伊达拉里亚人建有17座城，其中是筑有防御工事的石块砌的城墙。伊达拉里亚人的文化比其同时代的意大利人要高。他们经常利用厄尔巴的铁、科西嘉的铜以及伊达拉里亚本土的铜和锡矿资源，制作铜镜和烛台。他们已经种植葡萄、橄榄和谷物，并且通过海上贸易与腓尼基、迦太基和希腊进行贸易。公元前6世纪采用了希腊式银币。

伊达拉里亚人完全是以城市为主的文化，这与意大利各部落的农业村落形成极大的反差，表明他们已经拥有较意大利其他部落更为先进的文化。他们受到了希腊文化的强烈影响，在他们的墓葬中发现了大量的壁画，生动地反映出他们的文化所拥有的强烈的生活气息和享乐情绪。其中一幅约为公元前5世纪的坟墓壁画《豹之墓》壁画，描绘了三队男女举行豪华酒宴的场面，其壁画以画面中有两只相对峙的豹而得名。但是，他们的文化还没有达到希腊文化的水准，而是保持了一定的天然、生动、强有力的精神境界。他们肤浅地吸取了希腊文化，并把它带给了意大利人。他们保持自己的迷信巫术，善于占卜的特性，并把这些传给了后来的罗马人。

伊达拉里亚人强盛了200年。他们在公元前6世纪曾联合迦太基抵制希腊人在地中海的殖民运动，也曾抵制腓尼基人迫使他们放弃在科西嘉的殖民地。他们曾独霸第勒尼安海，出现过闻名遐迩的海盗。他们最陆地上向北占领波河流域，向东越过亚平宁山，到达亚得里亚海，向南进入拉丁姆和坎佩尼亚，并在那里建立了一些殖民地，如加普亚和诺拉城。有一段时期还统治了罗马和拉丁姆的许多地区。

公元前505年，拉丁人同库麦城的希腊人联合击败伊达拉里亚人于阿里其亚；公元前474年，伊达拉里亚海军被叙拉古僭主西仑所败，使得其丧失了在科西嘉、厄尔巴的势力。此时，罗马人也摆脱了伊达拉里亚人的统治。公元前438年，伊达拉里亚人在加普亚又被萨姆尼特人击败，丧失了在坎佩尼亚的势力。公元前400年前后，克尔特人从北方移入波河流域，伊达拉里亚人受到压挤，逐渐退回自己的本土，不久之后这个曾经在地中海耀武扬威了200年的民族从此就销声匿迹了。

伊达拉里亚人在其本土建有十几个城市，文化发达程度很高，也很富足奢华，但从未统一成为一个民族国家，他们虽然也曾统治过罗马和拉丁一些地方，但是没有同化当地居民。他们的历史使命似乎是像中间人那样，把希腊文化和东方的奢侈品带给了罗马，也把自己喜好角斗、占卜以及统治者的服饰、冠冕、权杖、宗教和生活方式等许多文化带给了罗马人，成为罗马传统文化的来源之一。因此，在后人研究罗马史时，都要提及伊达拉里亚文化，否则，就无法找到罗马文化的渊源，也无法理解罗马文化中一些较为独特的传统和习俗。

第二节
罗马的起源及罗马法的产生

一、罗马的起源

（一）罗马的自然条件

拉丁姆是罗马的发祥地。古罗马城原址就在拉丁平原北端，台伯河下游，距海边20公里，是一片山岗地带。它的陆路交通四通八达，是许多天然通道的聚合点。除了陆路之外，台伯河又为罗马城与各海港之间的航运交通提供了方便和支撑。台伯河口产盐，古代两岸居民沿河下行到海边取盐，形成一条盐道，这里便成为了重要的货物集散地。这里很早就在河上修建起了一座桥梁，并成为贸易口岸。罗马山岗悬崖陡峭，易于防守，帕拉丁山又有大片平坦的坡地，适于居住，很早就建成了人们居住的村落，村落附近有七座较大的山丘，它们是：卡皮托、帕拉丁山、阿芬丁、奎里那尔、维米纳尔、厄斯奎林和凯利乌斯。各山岗间谷地，后经排水、疏通、铺筑等工程，变成了几个平坦的大广场。这几个大广场也就是现在我们所看到的罗马城的原址。地理位置的优越，是罗马城得以迅速发展起来的必要条件和前提。

（二）罗马起源的传说

罗马城市建立的日期并不确定，传统认为是在公元前753年。这已经广泛地为考古发现所证实。

根据传说，罗马人把罗马城的建立归功于英雄落罗莫洛（Romolo）。他和他的孪生兄弟瑞摩斯是英雄埃涅阿斯的后代。埃涅阿斯是希腊女神阿佛洛狄特（罗马神话中称维纳斯）的儿子，他在希腊人占领特洛伊城之后来到意大利。

罗马历史学家提图斯·李维这样描述这个神话故事：当特洛伊城遭到希腊人进攻的时候（约为公元前1300—公元前1190年），维纳斯女神的儿子埃涅阿斯及其追随者逃出来，逃亡者的船只在大海里漂泊了很久，最后海风把他们吹到岸边。逃亡的人们看到一条宽阔的河流，两岸长满了丛林。逃亡者上了岸，这个地方叫拉丁区，这些逃亡者在拉丁区建立了一座城市，命名为阿尔巴·隆伽。

过了数十年，阿尔巴·隆伽的国王努米托有一个邪恶的兄弟阿穆利乌斯，他一直在觊觎着哥哥的王位，为了达到个人的野心，他施展种种阴谋诡计，终于利用他哥哥的亲兵推翻了他哥哥的统治，将国王驱逐出境，窃取了政权。为了消除哥哥的后代找他复仇的隐患，阿穆利乌斯下令杀死他哥哥的儿子，强迫哥哥的女儿雷娅·西尔维娅去作维斯塔的女祭司，而女祭司必须是贞女，终身不得生育。但是，雷娅·西尔维娅违背了他叔叔的约束，与战神马耳斯相爱并生下了一对孪生子。阿穆利乌斯听到这个消息非常惊恐，下令处死了孩子们的妈妈，并让一个女奴用篮子把这对孪生子仍到台伯河里去。这时台伯河正在泛滥，大水不断地上涨，沿河白浪滔天。女奴不敢走到水里，她把篮子放在紧靠水边的河岸上，就走开了。篮子被河边的树枝挂住，并没有被洪水冲走。洪水退后，孪生子开始哭叫起来，到河边饮水的母狼听到哭声走到孩子身旁，舔干了他们并用自己的奶水喂饱了婴儿。后来，孪生兄弟被国王的牧人发现了，就把他们带回家去抚养。牧人给他们各自起了名字罗莫洛和瑞摩斯。兄弟俩每天跟随牧人出去打猎，锻炼成了敏捷、勇敢、强健的青年。牧人把他们的身世秘密告诉了俩兄弟，俩兄弟一起领导阿尔巴·隆伽人民起义。瑞摩斯不幸被俘，罗莫洛带领手下救出了他，并杀死了阿穆利乌斯。此时，孪生兄弟身世大白，他们的外祖父努米托恢复了王位。兄弟俩离开外祖父，在被牧羊

人发现的地方创建了自己的城市。在决定谁来做城市的主宰时，神谕告诉他们要由看到的预示成功的飞鸟来决定。瑞摩斯站在阿文廷山上看到了6只秃鹫，罗莫洛站在巴拉丁山上看到了12只秃鹫。后者的数字更幸运，但瑞摩斯是最先看到征兆的人。结果兄弟间发生了争吵，罗莫洛最终杀死了瑞摩斯，并用自己的名字命名了城市，这个城就是罗马城（Rome），罗马城的名字就来自于传说中的罗马城的缔造者罗莫洛，罗莫洛就是这个新城的第一个国王，也就是罗马王政时期的七王之首，即第一个国王。他统治了很长时期，死后被接纳到诸神中，成为受人尊敬的战神奎里纳斯。

根据罗马建国的传说，最初定居在罗马城地区的只有一个拉丁部落，其后又有两个部落参加进来。每个部落之下又分为10个胞族，叫做“库里亚”，每个库里亚之下再分为10个氏族，这样一来，罗马在氏族公社时期共有3个部落，其下分为30个库利亚，300个氏族。这些氏族以血缘关系为纽带过着共同生产、共同消费的原始公社生活。氏族的行政权掌握在有特殊地位的长老手里。

罗马城所在的地方原为台伯河南岸拉丁姆地区的一片丘陵地带，这里有很多小山丘，拉丁人就按照血缘关系分散地居住在泽泻小山丘上，形成了许多村落。后来，为了抵御外侮的必要，有七个村落联合在一起，称为“七丘同盟”，这便是罗马建国之始。罗马起初并没有城墙，直到公元前6世纪时，才在这七个山丘的周围筑起一道防御工事，所以，罗马城曾被称为“七丘之城”，罗马在罗马建城之后，这地方的拉丁人就叫做罗马人。城市的建立，标志着氏族制度的崩解和国家形态的产生。这就是罗马国家建立的大致过程。

由于罗马城的地理位置非常优越，它既是台伯河流域的枢纽，控制着拉丁姆地区和其他地区的交通要道，又控扼着台伯河与海外往来的咽喉，它距离海岸仅有25公里之遥，从海上驶来的船舶可以直达罗马城下。整个城堡依山傍水，便于防守。罗马城处于意大利半岛的中部，周围有广大的农业区提供给养。其后，罗马城利用其明显的地理

优势，经过数百年的发展和扩张，首先统一了意大利半岛，继而统一了整个地中海世界。罗马城在历史上被称为“永恒之城”，它历经数千年而不坠，这都归功于其优越的地理位置和其独有的历史渊薮。

二、罗马发展过程中的不同历史时期及其启示

（一）罗马发展的不同历史时期

在罗马发展的过程中一般认为经历了王政时代（公元前8世纪—公元前6世纪）、贵族共和国时期（公元前509年—公元前27年）和帝国时期（公元前27年—公元476年）。但是，西罗马帝国宣告灭亡后，欧洲的历史转入新的一章，奴隶制的社会已经退出历史舞台，西欧社会进入了一个新的时代——封建时代。

早在西罗马帝国宣告灭亡之前的公元395年，罗马帝国已经分裂成东西两部分。东罗马帝国的版图包括欧洲的巴尔干半岛、亚洲的小亚细亚、亚美尼亚、叙利亚、巴勒斯坦、美索不达米亚上游及非洲的埃及和利比亚。首都是原由希腊移民建立的城市拜占庭，330年因君士坦丁皇帝迁都于此而改名为君士坦丁堡（今土耳其首都伊斯坦布尔），所以，东罗马帝国也称拜占庭帝国。在西罗马帝国逐渐走向衰亡的时候，拜占庭帝国却幸存下来并逐渐发展兴盛，到6世纪，形成了以“拜占庭文明”著称的、与西欧文化大相径庭的独特的文明体系，其由罗马政治体制、基督教和希腊—东方文化三部分组成。

在拜占庭帝国近1000年的发展历程中，遗留给后人的最伟大的遗产就是公元6世纪查士丁尼统治时期颁布的《查士丁尼法典》。它对世界近代乃至现代各资产阶级国家的立法和法学研究有着重大的影响。

查士丁尼皇帝于公元527年继承皇位，他所治理的罗马帝国已不再包含罗马。但是，具有远见卓识的查士丁尼希望恢复罗马帝国的荣

耀，他开始去收复所失去的帝国领土，并且开始复兴帝国最伟大的智力成就——罗马法，使之永载史册。

但是，在经历过7世纪危机、希拉克略改革、圣像破坏运动、教会大分裂、十字军的劫掠、蛮族入侵、尼西亚帝国皇帝米凯尔八世（公元1259—1282年在位）重建拜占庭帝国等一系列重大历史事件和军事打击之后，老大帝国终于进入了四分五裂、气息奄奄的衰老时期。特别是随着奥斯曼帝国的崛起，1453年5月29日，君士坦丁堡终于被土耳其人攻陷，土耳其人烧杀抢劫了三天，6万君士坦丁堡的居民被沦为奴隶，奥斯曼土耳其帝国随即迁都君士坦丁堡，并将其改名为伊斯坦布尔（意为伊斯兰教的城市）。至此，存在了近千年之久的拜占庭帝国彻底灭亡。但那时欧洲的文艺复兴已经在欧洲大地上显露出了其耀眼的曙光。

（二）罗马历史的启示

从传说的罗马建城时期（公元前753年）到西罗马帝国灭亡（公元476年），中间相隔1229年，在这一漫长的时期中，整个欧洲处于古罗马文明影响之下。而古代罗马在这个历史时期包括了三个发展阶段:

> 第一个阶段，在希腊文明光辉闪耀之时，罗马人艰苦创业，从拉丁姆的一小批村落，扩展到以地中海为中心，从苏格兰到美索不达米亚，从撒哈拉沙漠到喀尔巴阡山买的广阔的世界中，建立起包括大部分欧洲的世界上第一个大帝国——罗马帝国。
>
> 第二个阶段，公元2世纪初，帝国达到鼎盛时期。统一的帝国给整个欧洲打上了不可磨灭的罗马的标记。
>
> 第三个阶段，帝国在潜在、缓慢的解体和日耳曼诸王国的兴起中，罗马帝国的活力持续削弱，尤其是罗马对定居在边界内外的外来居民同化的能力逐渐减弱，帝国那曾经的庄严伟大的记忆伴随着“大入侵”的号角，渐渐沉入了历史的尘埃之中，但有幸的是，随

着帝国在东方的复兴，帝国那些曾经辉煌的记忆才又得以长久地保存了下来。

到公元6世纪，《查士丁尼法典》又使罗马文明再次焕发出了它新的光彩。但是，在随后的年代里，随着拜占庭帝国疆域的大变化，导致帝国从此与过去的古代文化渐行渐远，特别是随着权力分散、经济形势完全改变、基督教化政策、来自北方蛮族的大举进攻、宗教危机和国家的封建化等，欧洲的面貌开始发生变化，新的国家准备积极参与历史的进程，帝国统治者要维持旧的政治面貌的努力每每落空，欧洲乃至整个人类世界都不约而同地开始朝着新的发展方向奔跑，欧洲人也逐渐走出了狭隘的生活空间，走向了一个更为广阔的充满了更多色彩的新的世界。与此同时，罗马所遗留给人类的无法估量的物质和精神遗产，也走出了狭窄的存留空间，而成为人类所共同拥有的财富。在这些财富之中，罗马政制与法制的文明成果，乃其中最为耀眼的部分之一。

在一千多年古罗马和一千年的拜占庭帝国的发展历程中，几乎经历了资本主义制度出现之前所有的社会发展形态——原始社会形态下的氏族制、部落制、军事民主制，奴隶社会形态下的贵族共和国制、僭主制、君主制、独裁制，以及处于奴隶社会末期、封建社会早期的帝制，等等，而且在一定的期间内这些政治体制都各自显示出了其旺盛的生命力和独到之处。所以，一部罗马的历史，就是我们了解和研究古代人类社会状况和发展历程的最好的教科书。因此，我们在梳理与研究人类政治与法治文明历程的时候，就必须更多地关注罗马的历史。我认为，如果没有对于罗马历史的充分地了解与研究，就无法理解和进一步深入地研究欧洲的政治、法律的发展历程，所以，笔者希望有志于研究人类法治文明历程的同仁们，应当谙熟罗马的历史，这样才能对于罗马法治有深刻的认识与独到的见解。只是鉴于本书的篇幅有限，作者无法对此花费过多的笔墨。

三、罗马法的产生

（一）城邦的起源

罗马的政治体制的基础和结构是城邦政制。所谓城邦（civitas）是指参与城市生活和防卫的自由人的组织，它不同于那些大的地域性君主国，也不同于所有成员均处于臣民地位的王国。㊟罗马城邦出现和成立的基础是罗马家庭及氏族，换句话说，罗马城邦是由罗马家庭和氏族制度发展、演化而来的。早期的罗马家庭带有政治组织的特性。每一个罗马家庭都有自己的“法”，即对于家长（即家父）的权力的服从机制。罗马家庭的组成取决于家子与父亲之间的血缘关系，或者收养关系的确立，这种收养关系可以使本来是一家家长的家父因为其家庭为另一个家庭所吸收（纳入）而成为另一个家庭的家子。家父的权力是终身制且包含了对于家庭成员的生杀予夺之权。家父的权力除了对于家庭成员的生杀予夺之权之外，还包括对家庭成员的支配权、夫权、财产权、对物的所有权和其他权利。他的权利对象包括家庭之内的自由人和奴隶以及用于牵引和负重的牲畜，家庭所属的土地以及作为土地的附属品的某些地役权。一个人如果被驱逐或者离开了家庭，那么他将丧失其在家庭内的权利能力。这就相当于一个国家的公民脱离了他的祖国一样。因此，家庭对于罗马人具有极其重要的意义。一个家庭实质上就是一个社会的缩影。

在家庭之上，就是氏族。氏族是由诸多个家庭分裂而来的。家庭随着家父的死亡而分裂为数个家庭，家庭中每一个男子在家父死后，都可以独立地组建属于自己的家庭，而此时，原来家庭中的家子并没有因为家庭的分裂而在经济、身份上完全脱离家庭，他们仍然继续统一在一个所谓的“不分遗产共同体”之中，该共同体中的每个成员完全拥有对原家庭共同财产的处置权，而实现这种权利的方法和链条就是继承和监护关系。而当遗嘱继承人或无遗嘱继承人告缺且不存在近亲属时，这个家庭所在的家族（具有一个共同的祖先）之内的族人便可

以取得死者的财产。而此时，家族就成为了家庭的地域聚合体，这种地域聚合体所表现出来的外部形式就是一些居住人群相对集中的小村落，这些小村落具有原始的人类政治组织的特色，它们既拥有共同的名称，而且伴随着这些小村落的人口和势力范围的不断地扩张，地域性组织——部落组织便出现了。这样，具有同一名称和同一祖先或者共同承认为一个英雄的后代的，且居住在同一地域之内的群体，便自发地组成了氏族组织。可见，氏族是由家庭、家族和村落发展演化而来的。罗马各氏族并没有稳定的首领，更没有族长，在他们共存和共处中，为了实现扩张和防卫的目的，这些氏族是由联系在一起的族人参与和领导的，他们是在非常形势下产生的非常首脑。在平时，他们起到执政官的作用，负责处理氏族中产生的矛盾和问题，在战时，则是军事首领，负责率领全族抵御侵略或者扩张领土和势力范围。因而，这些首脑在不同的情况下，可能会议不同的方式表现自己的地位和才能，而且这些首脑并非固定的，氏族根据不同的情况选拔和利用具有不同能力和才智的首脑。

这种以家庭和家族为纽带和基础建立起来的氏族组织，在日益错综复杂的生存环境中，也时常为了各自的需要而建立起联盟或者统一的组织；而这种组织的 形态也不是一成不变的，它也时常被外来的家族所征服或者被相互吸纳，这种被征服或者被相互吸纳的过程，不仅增长了氏族的力量，更重要的是带来了氏族的多元性和复合性。比如，有关罗马起源的所有传说都提到拉丁人，而就他们而言，从罗马城建立时开始，在他们的血统中就混杂着萨宾人的成分。至于拉丁人同其他血统一样，也是以拉丁联盟的方式而对罗马历史产生巨大的影响作用的。在公元前6世纪末，拉丁人曾联合在一起，将罗马排除在外并且与它相对峙，其目的是为了遏制罗马的扩张。而在公元前493年，一份所谓《卡西安条约》，使罗马人和拉丁人处于权利平等的地位。这个条约实质上就是一种体现联盟关系的法律文件。

在罗马起源的传说中，我们可以发现，罗马的兴起过程就是一个通过联盟方式而不断地扩张的过程。从古罗马起源的传说中，我们得

知，罗马起源于当时居住在帕拉蒂诺的三座山丘和埃斯奎利诺的三座山丘以及另外一个山丘上的各村落间的宗教同盟。促使这些村落之间联盟的根本原因是为了防卫，而这些由部落而联合起来的组织就是城邦。城邦的出现和发展则反映了原属不同部落群体之间为了一个共同的目标而自发地走到一起联合起来的事实，这个事实的存在，也体现了人类从自身生存、发展的需要出发，而需要联合组建一个共同政治体的客观的要求。而城邦最初的功能是对外防卫和进攻，对内保护城邦的安宁，从而为了达到这个功能和目的而间接地涉及到对市民权的确认和对侵害行为的制裁。这实际上也是罗马法划分为公法与私法的渊薮。所谓公法其实就是有关城邦（后为国家）制度的稳定的法，而私法则是反映一种家际关系和社会关系，亦即所谓的市民法，它非源于城市，而是源于家庭、家父和氏族，它的形成部门依赖于城邦，但是，它的施行和适用则要依赖于城邦，因为，对于法的制裁的功能的体现，则自然而然地促生了裁判制度的发生和演化。换句话说，人们对于这些反映着家际关系和氏族际关系的法的违反和不遵守，必然导致人们去寻求一种能够站在中立的立场来裁定孰是孰非的机制，这个机制就是后来的城邦（国家）的司法权。人们把罗马法的起源归功于各部落间为了结盟而签订的那些条约，认为，法的形成不依赖于城邦的形成，而是通过条约而实行的让与或协议。

（二）城邦的基本政治制度

古罗马城邦是建立在通过划定地界、修筑城堡而将不同的村落统一起来的基础之上的，其主要目的是为了实现稳定和防卫，而要实现这些目的，自然需要确立一位首领的权力，即王的权力。而由于罗马城邦的基础是各氏族部落间的联盟或者联合，且起初城邦的规模较小，因此，氏族和家庭（家族）对其必然产生着明显的影响，因此，城邦形成的基本要素是王的权力和氏族组织，也即是说，联盟城邦的体制是一种共同体利益之下的产物，因此，在其初始阶段，就埋下了王权与氏族及家庭组织权利之间的矛盾和争斗，在罗马历史也就留下

了所谓王政时期与共和国时期的发展阶段的划分的问题，这两个阶段的划分正是反映了罗马人自罗马城建立之日起就用自己的城邦宪制、自由城市和自由共同体反对王权的斗争过程，这种斗争过程也形成了独具特色的罗马王政时期的政治体制。

在罗马王政时代的前期，正是罗马由氏族制向国家过渡的时期。尚未进入阶级社会，人们还过着氏族制生活，有共同的宗教节日和公共墓地，但氏族制已开始解体，公社成员按男性血统关系分属于若干氏族，实行族外婚。

当时罗马共有300个氏族，每10个氏族组成胞族（罗马称胞族为库里亚），10个胞族组成部落（罗马称部落为科里布斯）。罗马共有3个部落，这3个部落构成“罗马人民”。这时罗马的管理机构类似于古希腊“荷马时代”的军事民主制。这个时期，罗马由王（rex）、元老院（patres）和库里亚会议（comitia curiata）管理公共事务。王类似于古希腊荷马时代的巴塞勒斯，他是军事首领、最高审判官和最高祭司，那时他还没有具备国王的权力，更不是专制君主，他还没有掌握民政方面的权力。他的职位不是世袭的，他是由前任推荐，先由库里亚大会选出，然后在第二次大会上正式就职。元老来自各氏族的族长，他们最初是每个氏族从某个家庭选出，并未王对内和对外政策问题的顾问。在王参与下，元老院还有权批准和否决库里亚会议的决议案。以后，每个氏族从家庭里选出元老的习俗，逐渐成了惯例。因此，在古罗马存在所谓贵族家族。库里亚会议是按库里亚召开的民众大会，是最高政权的代表者。所有参加会议的成员同时也是战士。它解决公社生活中那些最重要的问题：宣布战争，选举王，通过或否决新法案，对判处死刑的案件作出最后的决定，等等。可见，罗马人在王政时代仍然生活在一种以氏族、胞族和部落为基础的军事民主制的社会之下。

（三）塞尔维乌斯改革

到公元前6世纪中期，由于社会经济的发展和财富的增加，私有制和阶级分化的情况开始出现。家长制家庭逐渐从氏族中分化出现，成为社会的基本经济单位。某些富有的家庭开始侵占公有地和氏族的公共财产。同时，家长奴隶制也在逐步形成。在家长奴隶制下，奴隶被视为家庭成员，受家长的剥削，有些富有的家庭家长，逐渐变成了氏族贵族。那些因贫困而破产的氏族成员，往往依附于贵族门下，成为“被保护的人”。被保护人从保护人手里领取份地，并为之服役或尽一定的义务。这种关系通常是世袭的，并带有一定的契约性质。此外，在罗马出现了平民阶层。

罗马的平民属于氏族之外的罗马居民，他们不具有氏族成员的权利，无权分得公有地，不得与贵族（罗马公社成员）通婚，也不能担任任何公职，但要给罗马公社纳税和服兵役。这种只尽义务而没有任何权利的地位，使平民与贵族之间的矛盾日益加深，并成为王政后期罗马主要的社会矛盾。到公元前6世纪，罗马平民的人数已经超过了贵族，并成为罗马社会中经济和军事方面占有主要地位的社会阶层，但是，平民的政治地位却没有得到丝毫的改善，反而使其余贵族的矛盾日益尖锐。为了缓和贵族与平民之间的矛盾，王政时代的第六代王塞尔维乌斯·图里乌斯（公元前578—公元前534年在位）进行了一次军事、政治方面的改革。其主要的改革措施就是把罗马公民按其财产分为6个等级，组成罗马军队六级共有175个百人队，都是步兵。另外，由最富有的阶级组织18个骑兵百人队。每人从国库获得10000阿司的买马费。而养马的费用则由富有的寡妇和未婚妇女来提供，为此，她们每人每年都得交纳2000阿司的钱财。18个骑兵百人队同步兵加在一起共193个百人队。

百人队既是军队又是行使政权的单位。凡有大事召开民众大会，以前按特里布斯和库里亚召开，现在在马尔斯广场召开，全体成年人按各级百人队分别排列站队，由王和大祭司长举行仪式，奉献三牲（猪、牛、羊）祭神，然后再对所议的大事举行投票表决，如宣战、媾和、选举国王等等。投票时，每百人队一票，按次序从骑兵队和第

一级叫起，总数193，过半数赞成就通过。这样叫完第一级，加上骑兵队，已经过了半数，如果意见一致就通过了，不必再往下叫；如果意见不一致，再按顺序往下叫第二、三级等等。一般情况不等叫到后来几级，事情就已经解决。所以，后面的几级很少有投票的机会。同时，创设森都利亚大会，作为新的公民大会。森都利亚会议，即百人团会议。会议对一切问题的表决都以百人队为单位，每个百人队只有一票表决权，共有193票。会议决议案以过半数通过为准则。表决时按等级顺序进行。因此，只要第一等级和骑兵团一举手，其他等级也就无须再表决了。

改革还把原来的三个旧氏族重新打乱，按地区划分为四个部落。

塞尔维乌斯改革有以下几个特点：

（1）把过去由库里亚全体平均担负出兵、出钱的担子转到了富有阶级的身上，但同时，也把政权交给了这些富有的阶层。这是权利与义务相对等原则的体现与实践。

（2）以新的财产关系代替了从前以血缘关系来划分社会等级。

（3）以按照地域和财产原则来划分、组织和管理所属居民代替了原来的以血缘关系维系的氏族社会管理体制。

（4）实行财产资格和权利义务相一致的原则建立起新的罗马公社。

（5）设立森都利亚大会代替库里亚大会作为公社的权力机关。

（6）改变了以氏族制度为基础建立起来的武装力量，在地域和财产原则基础上创建了新的罗马公社军队体制。

因此，史学界把塞尔维乌斯改革作为罗马国家产生的标志，我认为，也是罗马法产生的源头。自此，罗马以个人血缘关系为纽带的古代社会制度被一个新的、以地区划分和财产差别为基础的国家制度所代替，罗马从此也走出了古代社会的历史阶段。这次改革是罗马史上一次重大的政治事件，它是奠定了罗马政制与法制的基础，也是研究罗马政制与法制的基础和起点。塞尔维乌斯·图利乌斯的改革完成了古罗马由氏族制向国家的过渡。

---

1. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第8页。

第三节
罗马法的演变

一、从习惯法到十二表法

（一）十二表法出台的背景

在公元前5世纪之前，罗马实行的是习惯法。立法和司法权力基本上由贵族垄断，习惯法的规范是很含糊的，解释权也操纵在贵族法官的手中。注这样的情况引起了罗马平民（手工业者和商人）的不满。这些平民自己经营着手工业和商业，拥有一定的财富，同时担负着服兵役的义务，在他们的手里掌握着一些武装，因而形成了一股足以和贵族相抗争的社会力量。

古罗马和古代东方社会有着一个共通的问题，那就是土地问题。罗马自立国以来，是以氏族制度为社会基础，以氏族联盟为民社，以公社成员为公民，以各民社土地为领土，罗马主权属于罗马民社和全体罗马公民，国家体制中无论何事无不模仿氏族体制。国王仅仅是罗马民社的大家长，元老院源自氏族长老，王位空缺时由元老院摄政，任何一个公民可以竞选国王，公民大会的权力历来就在国王之上。公民的主要义务是服兵役，参军的权利仅属于罗马公民，奴隶和非罗马公民是无权参军的。

早期罗马实行共耕制，耕地公有，私人财产仅限于奴隶和牲畜。罗马法最早的习惯法不承认土地的私有财产权，这样罗马就形成了一个以公民、公有土地和公民军队为基础的“三位一体”的核心。罗马军队的士兵都知道他们是为保卫自己的利益而战。因而其战斗力无比强

悍。这些士兵均系农民出身，他们朴实、勤劳，他们有稳定的收入。因而罗马人将土地视作生命，那时的罗马奴隶很少，农民们悉心照料土地，亲力亲为。他们在农闲时期从事买卖和其他事务，在节假日依照神命停耕休息。因此，那时整个的罗马社会是围绕着农地而运转。罗马人参战的最大的精神支柱就是保卫自己的土地，决不允许以割让土地的方式换取和平。这也是罗马人能够最终战胜以商立国的迦太基人的精神根源。但是随着罗马领土的不断扩大，公民数量却在战争中不断地减少，而非公民人数越来越多，他们既不受罗马法的限制可以自由地分享土地，也不用服兵役，这导致了罗马公民希望能够由全体有土地的居民共同分摊服兵役义务，以减轻他们的负担。因为，罗马士兵不仅要以自己的生命换取胜利，自己所使用的铠甲和武器也都是由他们自己准备，国家不予支付。于是，根据公民的要求，罗马开始重新清查土地，地籍册即为征兵册，不同田产数量的农民，携带不同的装备参加作战。所以，罗马人对于自己人和外人分得极为清楚，公民与公民之间权利平等，但公民与非公民所享有的权利是不同的。

遗憾的是，这种平等并未维系多久，那些国王和贵族首先开始利用权力侵占公有土地，他们不仅公田私用，还迫使农民无偿劳动以获取更多的收益。社会财富分配开始出现不公，罗马开始将公田分给私人，而贵族获益甚丰。于是，终于于公元前509年废除了王政，改行共和制。共和体制的最大的特点，就是每年经选举产生两名执政官，同时，元老院能够扩招平民。执政官代表了贵族集团利益，共和制是一个典型的贵族政治，国家权力不再寄托于国王一个人之手，而是由整个贵族集团负责管理。这比王权更加稳固，但是，这也极易导致贵族集团利用自己手中的权力为自己谋取更大的利益。正是因为共和体制较之王权体制更加稳固，共和体制下的贵族集团才更加容易肆无忌惮地谋取更多的利益，社会不公问题也会变得更加严重。这种不公首先就是表现在土地问题上。

早在王政时代，公有土地就开始实行“占田制”，即将土地让给那些最先占田的豪强大户，并可世代继承，虽无正式的产权，却享有使

用权。虽然按照法律规定，占田者需交纳谷物收成的10%，但实际上税收根本无法征收，这些豪强大户实质上是白占公有土地。自共和以来所实行的土地私有化政策将这些土地变成了永久的产权，完全属于占田者的私人所有，而能够分享这盛宴的完全是那些豪强大户，普通罗马公民根本无法分享这一巨大的蛋糕，而这些永久田的税赋同样收不上来，这样一来，维持国家正常运转的巨大费用就自然而然地转移到了普通公民身上。豪强大户利用他们所掌握的财富和资源，开始让那些不堪税赋压力的农户负债，而私人借债的结果就是以人身为抵押，一旦无法偿还，债权人不仅可以处死债务人，而且可以将债务人及其子女一起卖到国外做奴隶。甚至于可以直接动用军队抓捕违约的债务人。㊟

共和制推行仅10余年，罗马就发生了严重的民变。公元前495年，罗马面临战争的威胁，为了敛取更多的财富以应对战争的需要，罗马政府严厉执行债务法，激起罗马农民的公愤，罗马公民拒绝应征参战，执政官被逼无奈宣布暂停债务法的实行，释放因欠债务入狱的农民，并禁止再度逮捕。罗马公民这才参见战斗，击败了强敌。可等战争结束，债务法又开始严厉地执行，大批农民再次陷入牢狱之灾。次年战争再次爆发，没有人愿意再为毫无信义的政府卖命。最后还是依仗于老氏族的长老担任了独裁官，并发誓保证一定改革债务法，罗马农民才拿起武器重上战场并重新获胜。结果，变法议案再度被元老院否决，怒不可遏的罗马公民在护民官的带领下，开进罗马并准备发动武装暴动，罗马的内战一触即发。被逼到了墙角的元老院的贵族们这才被迫妥协，暂时废除了债务法。但是，围绕土地兼并和税负不公的斗争仍然远未结束，于是，曾经三度担任罗马执政官、两次获得凯旋仪式的超重量级贵族斯普利乌斯·维系里纳斯于公元前486年提出改革法案，清查全国公有土地，把一部分公有土地出租给农民，租金可以增加国库收入；另一部分土地则直接分给无地的农民。这一改革措施，虽然使得国家增收，百姓减税，但却完全不利于罗马贵族利益集团。其结果是维系里纳斯被送上了断头台，府邸被夷为平地。

共和制仅仅推行了50余年，罗马的财富分裂已经激化到了濒临内战的边缘！正是在这样的背景之下，罗马贵族被迫与平民之间，终于在公元前451年达成了一个妥协，这个妥协的直接结果就是那部被推崇了两千多年的《十二表法》。

由此我们可以看到，一个国家的法治历程不是仅仅依靠贵族集团就可以向前推进的，而是需要全体公民的共同参与与努力，甚至要付出血的代价。任何一个国家的法治历程都不能一蹴而就，需要经过漫长的艰巨的发展过程。在这个过程中，民众的觉醒和敢于为了自身的利益去做抗争，是国家法治得以发展的基础和动力。任何一个利益集团或者贵族集团是不可能轻易放弃自己的既得利益和权力的，因为他们明白，只要他们一放弃权力就意味着他们的覆亡，尤其是在那些贵族和利益集团的权力不是来源于民意和民众的国度里。

（二）十二表法的制定过程

作为贵族和平民之间斗争的结果，在罗马历史上出现了被赞誉为“一切公法与私法渊源”的《十二表法》。但是，其制定的过程依然充满了悬念和斗争。在贵族与平民的斗争最严重的公元前462年，护民官C·德伦蒂里·阿尔萨提出要求创设“有关执政官治权法律的五人起草委员会”。由于当时执政官不在场，元老们激烈地反对这一提案，导致这一提案被推迟审议。在第二年该提案再次被护民官提出来。因而，在这几年中，该法案成为贵族与平民斗争的焦点，也成为执政官与护民官冲突的中心。但是，经过护民官的不懈努力，终于于公元前457年成功地将“有关执政官治权法律的五人起草委员会”的人数从五人增加到十人，并且在公元前456年制定了《关于将阿文蒂诺土地收归国有的法律》。最后在公元前454年，护民官们抛弃了先前提出的那个陈旧的建议，向元老们提出了较温和的要求：停止贵族与平民之间的斗争，设立一个由贵族和平民共同组成的立法委员会，制定对双方都有益并且使双方拥有平等的自由权的法律。这种想法得到双方的接受，但在

由谁组成这个立法委员会的问题上出现分歧，为此，罗马人特意派出一个特使团去雅典学习当年梭伦改革时颁布的法律和其他希腊联邦的制度。直到特使们返回罗马后，护民官们再次提出重新开始起草法律。人们决定设立十人委员会（也叫十人团），作为制定法律的唯一机构；同时，为了保证立法的独立性，在当年不再任命其他执法官。经过反复争议、磋商、妥协之后，平民与元老之间各自做出了让步。平民的让步是：不得废除《关于阿文汀山的意契利司法案》和其他神监法，[注]在公元前451年，普通官职、申诉制度和护民官被取消，任命了十人法律起草委员会，将罗马的治权暂时由执政官转移到了十人委员会的手里。十人委员会依照平民的意愿，由阿庇乌斯来担任首脑。在这一年（公元前451年）十人委员会终于把编辑出来的法律刻在了十块表上，[注]并在一个特意为此召集的民众会议上公布了出来，交由公众讨论，在根据公众提出的意见进行修改后，再将其提交百人团民众会议表决。当依据公众对每一条条文的意见进行了充分的修正以后，“十表法”由百人团会议通过了。但是，还有意见说还缺两表，需要在第二年再建立一个十人委员会在制定两表法律。于是，又任命了第二个十人委员会，仍由阿庇乌斯负责，并且吸收了几位平民，继续制定剩下的那两表法。后来因为发生了所谓贞女事件[注]十人委员会被推翻，公元前449年任命了瓦勒里和奥拉兹为执政官，并重新任命了护民官。在他们二人的主持下，最终完成了十二个法律的制定工作，并将它们铭刻在表上加以公布。这些法律就是所谓的“十二表法”。这就是《十二表法》制定的大致经过。[注]

从《十二表法》制定的过程看，当时制定这部法律的背景相当复杂，且制定的过程繁复、曲折。反映了罗马共和国时期民众对于立法的重视和对于制定法律的谨慎态度。他们早在2400多年前就已经深刻地认识到立法的严肃性和神圣性。这也是我们今天那些有志达到法治国家水准的国家应当认真汲取的有益经验。

（三）十二表法的主要内容

由于《十二表法》的原文没有被完整地保存下来，它仅在拉丁作家文集中保存了残缺不整含义模糊的片断条文。但是，自古以来，就有很多学者一直尝试从事于恢复这部古文献全貌，但是，其结果却是从中得到了两种材料：一种是保存在文献资料中的关于这部法典的并不完全和精确的摘要，另一种是一些含糊不清的，甚至是错误地把其他法律归之于十二表法的关于某些法律规定的记载。在这些记载中，有很多是曾经施行于罗马共和国早期的法律，后来在罗马晚期又重新恢复起来的法律条文。因此，整部法律的原貌我们今天已经无法寻找到，只能凭借着一些残缺的、断章的记载，去尽可能地整合出该部古老的法典所应有的原貌。因此，这就给我们的研究带来了不确定性。

从现在比较公认的说法和版本来看，《十二表法》公布之时是被铭刻在十二块木板或者铜板上，这十二表分为：第一表“审判引言、审判条例”（9条）；第二表“审判条例”（续）（3条）；第三表“债务法”（7条）；第四表“父权法”（4条）；第五表“监护法”（10条）；第六表“获得物、占有权法”（9条）；第七表“土地权利法”（12条）；第八表“伤害法”（27条）；第九表“公共法”（6条）；第十表“神圣法”（10条）；第十一表“补充条例”（2条）；第十二表“补充条例”（5条）。

这十二表中共有104条，其中有五表（第3、4、5、6、7）完全属于民法的范畴，涉及到债权法、家庭法、物权法等民事法律；有一表属于刑法范畴；有两表属于诉讼法范畴；另有几表除了涉及到一些关于公民对于死者如何安葬等习俗之外，基本上都属于补充条款。例如，第十一表规定，私人不得再城市内埋葬或焚毁；妇女不得抓伤面颊及哭泣死者；死者身上不得放置黄金，但是，如果死者的牙齿镶有黄金，则允许其连同此黄金埋葬或烧毁；禁止在距离其房屋不到六十呎的地方举行火葬或设置坟墓。第十二表中有对于禁止使用属于审讯对象的物件来祭供神殿的规定，违反者将被处以该物件价值两倍的罚款。(注)

（四）《十二表法》的主要特征及其意义

1.《十二表法》是罗马两大阶层间斗争的早期产物。这一点我们可以从上述的《十二表法》的制定背景和制定过程中得出结论。在《十二表法》出台之前，罗马的法律由贵族执法官执掌，广大下层民众不被允许了解法律的内容。因此，平民阶层提出的要求之一就是公开法律。所以，《十二表法》既是罗马的第一部制定法，也是第一部法典，但是，它不是现代意义上的法典，它不是对法律作全面和连贯的叙述；而且它的内容和实质上大多是对当时罗马传统习惯法的承认和编纂。注

2.《十二表法》存在着大量的不确定性。原始的《十二表法》在高卢人于公元前390年焚烧罗马时就已经被毁没，而且在共和国末期也不存在任何的官方的文本，有的只是许多私人文本。现在能够看到的只有在拉丁作家文集中保存下来的残缺不整含义模糊的片断条文。因此，在一些法典的文本中往往会出现为了明确含义而用个别甚至整个句子补充某些条文的情况，使其免于过分简单难懂。注所以，现在所看到的法典文本都是不确定和带有很大后人主观色彩的内容。

3.程序法的内容要比实体法更加详细。在整部法典的十二个表中，除了第1和第2表完全涉及诉讼程序之外，在第9表“公共法”以及两个补充表中，都有涉及诉讼原则或者执行判决的内容。例如，第9表第4条规定：“当死刑执行时，出席的财政司，称为刑事财政司。”这是关于死刑执行程序的内容，即由谁出席死刑执行场合。第9表的第6条甚至明确规定，任何人未经审判，不得处以死刑。这实质上是一条司法原则，即未经法定审判不得随意处死人。这应当是当代不经司法审判不得宣布任何人为罪犯的基本司法原则的鼻祖。据作者初步统计，在法典的104个条文中，仅涉及到诉讼的条款就达16条，占全部条文的15%。而且其对于审判程序的规定是比较详细的，例如，第1表第1—3条规定：若有人被传出庭受讯，则被传人必须到庭，若被传人不到庭，则传讯人可于证人在场时，证实其传讯的事实，然后将他强制押

送至法庭；若被传讯的人托词不到案或企图回避，咋传讯人得拘捕之；若被传讯人因疾病或年老妨碍出庭受讯，则传讯人可给他驮载的牲口，若不愿意，则可不必提供篷车。这里驮载的牲口，是指套着牲口行驶的四轮车；篷车是指一种四面密闭并铺着草垫的木轮车。(注)对于诉讼款额和诉讼保证金等事项，第2表第1条也给予了明确的规定。但是，对于父权则规定得比较潦草。在第4表中仅有4个条款规定了父权问题，且规定得既不系统也不详细，可能还是要依据习俗和传统习惯法的相关规定。

4.总结、保存和废止了《十二表法》颁布之前罗马的习俗和传统习惯法的内容。法典第10表“神圣法”专门规定了罗马的一些关于丧葬的习俗和习惯法的内容。例如，该表的第1条规定，死人不得再城市内埋葬或焚毁。第2条规定，火葬的柴薪不得用斧头削平。第3条规定，埋葬费用以三件寿衣，一件绛红色的束腰紧身衣和十个笛子为限，同时，还禁止为死者哭泣。第5条规定，不得收集死者尸骸以图后来埋葬，只有死在战场上或异地为例外。同时，法典还废止了一些原有的习俗和习惯法，例如，该表的第6条A规定，废止在奴隶尸体上涂敷防腐剂及圆杯饮酒。这一条很明显是对于原有的在死掉的奴隶尸体上涂敷防腐剂及圆杯饮酒的习俗的废止。

第8表第21条规定，伤害自己被保护人的保护者，应交给地下神予以诅咒。这显然是保留了原有的习俗和习惯。

5.反映了罗马奴隶制的发展和社会现状。法典严格保护奴隶主的私有财产。法典第8表第9条、10、12、14条规定，如果成年人于夜间在犁耕的田地上践踏或收割庄稼，则处以死刑；犯有同样罪行的未成年人，则根据最高审判官的处理，或则给以鞭打，或判处加倍赔偿使人遭受的损害；如有人放火烧毁建筑物或堆放在房屋附近的谷物堆，而该人系故意为此者，则令其带上镣铐，在鞭打之后处以死刑；如是意外的，即因不慎而酿成火灾者，则予以从轻处罚；如果于夜间行窃，可就地杀死行窃者，此杀人的行为为合法；如果在行窃时当场被

捕的是自由人，则予以体罚，并将其交给被窃者；如果被捕的是奴隶，则鞭打之，并把他抛下悬崖。法典还特别详细地维护了严酷的债务奴役制，例如，第3表规定，债务人在其承认债务之后或对他作了判决之后，得有三十天的特许还债期限，如果在规定的期限终了之时债务人仍未还清债务，原告人可以拘捕债务人，可以将他押解到法庭以便执行判决；若债务人仍未自动执行法庭判决，且在受讯时无人代他解脱责任（替他还债），则原告人可以把他带到私宅，给他们带上足枷或手铐，其重量不轻于十五磅，而且可以加重；在被拘禁期间，如果双方不能和解，债务人仍应继续拘禁六十天；在此期间，他们须在市集日连续三次被带到会议场最高审判官前，宣布判决他应还的钱额；至第三个市集日，他们则被处以死刑，或被卖于国外为奴。

6.缓解了罗马两个阶层之间的矛盾，维护了社会的发展与稳定。《十二表法》在维护奴隶制统治的同时，也通过立法缓解了平民与贵族之间的矛盾，以维护社会的稳定。法典限制高利贷的活动，固定借贷年息最高为百分之八点三十三。[注]法典第8表第18条针对财主随意增加利息的情况作出明确规定，任何人不得取得超过百分之一月息；对高利贷者处以所得利息之4倍的罚款，而对于盗窃则仅处以被窃物价值之2倍的罚款。法典第9表第6条规定，任何人未经审判，不得处以死刑。这是对于执行死刑的限制。再如第3表所规定的对于债务人还债的特许期限，以及债务人有权与债权人和解，并允许他人代债务人赎债等，反映了法典对于债务人的宽容，以避免债权人利用债务肆意迫害债务人。第9表第1—2条规定，任何为了自身利益而违反法律的特权不得请求；除非在森都利亚会议[注]里，不得对罗马公民作死刑之判决。

这些规定对于缓解平民与贵族之间的矛盾和冲突，有着一定的作用。从《十二表法》颁布到公元前264年第一次布匿战争爆发的187年间罗马共和国基本上处于稳定状态。在此期间，罗马开始腾出手来巩固国本，并逐步实现了意大利的统一。可见，良好的法治环境对于社会和国家发展的重要性，如果没有《十二表法》对于平民和贵族之间

矛盾的缓解与调和，罗马就不可能获得宝贵的近200年的稳定与发展，也就不可能最终赢得布匿战争的胜利，也不会迎来罗马帝国时代那样的辉煌与成功。法治的力量不可小觑！

二、市民法与万民法

在经过三次布匿战争（公元前263年至公元前241年、公元前218年至公元前202年、公元前149年至公元前146年），罗马战胜地中海强国迦太基后，便向东地中海地区扩展其势力。当时，东地中海地区处于混乱状态，希腊城邦、城邦联盟、马其顿、塞琉古、托勒密王国等大小国家互相争夺霸权，时而发生战争；各国内矛盾重重，社会斗争十分激烈。在此形势下，联盟运用外交手段和军事力量，在不到一个世纪的时间控制了东地中海地区，达到了称霸整个地中海的目的。到公元前129年，罗马吞并了东地中海地区的最后一个独立的王国—帕加马，并将它设置为亚细亚省。至此，罗马控制了整个东地中海地区，建立起了一个横跨欧、亚、非三洲的霸国。

在罗马向外扩张的过程中，在其所征服的地区以建立行省的方式来统治当地人民。到公元前2世纪30年代，罗马共设置了7个行省：西西里、撒丁尼亚和科西嘉、近西班牙、远西班牙、马其顿、阿非利加和亚细亚。以后还陆续建立了一系列行省。这些行省被视为罗马国家的财产，其居民被视为外国投降者，罗马对行省课征赋税。

在这一时期罗马法也得到了发展。其主要的表现就是在市民法占据统治地位的同时，罗马法中的一个新的因素—万民法逐渐兴起。

市民法也称公民法，是罗马国家早期的法律，是由民众大会和元老院通过的带有规范性的决议及其他一些习惯性的规范。其适用范围仅限于罗马公民。市民法的内容主要是有关罗马共和国的行政管理、国家机构及一部分诉讼程序的问题，很少涉及诸如土地占有、债务关

系和财产继承等财产方面的内容。其体系不完整，带有保守性和形式主义色彩。其主要规范的是履行法律手续必须遵循的仪式，以及一些必须念诵的套语和需要实施的各种规范性动作等。

这时的罗马法采用属地主义原则，即凡是罗马公民均受到法律的保护，而不论其居住的地区如何。根据这一原则罗马即使在被征服地区也享有受市民法保护的权利；而对于居住在罗马的异邦人和被征服地区的自由民，也得不到市民法赋予的权利。

随着罗马征服地区的不断扩大，罗马公民与异邦人以及被征服地区居民间关于适用法律的矛盾越来越突出。这个矛盾的焦点是异邦人和被征服地区居民不能享有罗马公民权，他们不受市民法的保护。这个矛盾日益成为了罗马的一个十分突出的问题，甚至影响了庞大的罗马国家的稳定与发展。于是，为了解决这一问题，公元前三世纪，在罗马出现了万民法。

所谓万民法，就是“各民族共有的法律”，其主要是通过罗马外事裁判官的司法活动所制定，并适用于罗马公民和非罗马公民之间的法律。其内容绝大部分属于财产关系，特别是所有权和债权方面的法律规范。由于其适用的范围较市民法要广阔得多，其体系也比市民法更加完备、成熟。其是维系庞大的罗马国家的重要的法律体系。但是，在适用中，二者不是完全对立的，在司法实践中，通常将万民法的原则同样适用于市民法中，特别是后来随着异邦人逐渐也获得了罗马公民权，这两个法律体系逐渐接近，直至公元六世纪查士丁尼法典出台后最终二者完全统一起来。可见，市民法与万民法是罗马法的核心和主要组成部分。

三、国法大全

1.《国法大全》编纂的背景

（1）三世纪的危机

从公元1世纪起，罗马大规模的对外扩张停止了。作为奴隶重要来源的战俘已经不能再有大量的供应。这影响到奴隶的来源。因此，奴隶的人数供不应求，奴隶的价格也不断上涨。奴隶价格的增高必然影响生产成本的提高。奴隶主曾经以多买女奴允许奴隶婚娶和鼓励生殖的方法来弥补奴隶供应的不足。但是家生奴的蓄养费时既长，花钱又多，仍然不如购买外来廉价奴隶划算。使用奴隶劳动的大庄园、矿场和手工业作坊都越来越维持不了。奴隶怠工、破坏工具、逃亡等更是经常发生，奴隶已经失去了劳动的积极性，生产力的发展不但停滞不前，而且还出现了衰退的现象。

到了公元3世纪，罗马皇帝的宫廷、官僚体系、军队都已扩张到前所未有的程度。为了维持膨胀中的国家机器，帝国政府必须支出庞大的经费。公共庆典挥霍无度，官吏中饱自肥，一切沉重的负担都加在已经濒于破碎的经济上。帝国政府不得不竭泽而渔，把缴足税收的责任强加到各地城市议会的头上。如果一个城市的税收不能足额，这个地方的市议会的成员就要担负补足的责任。这就造成了这样的一个奇特的局面：在过去，富有的市民把置身市议会看做是政治权利和社会荣誉，而到现在，人们把它视为畏途，有的人宁可逃位而去，在位的也日趋穷迫，城市中的中产阶级随之没落。为了解决财产的危机，帝国政府又采取发行劣质货币对办法以应付紧迫的开支。在奥古斯都时代，货币的成色都是十足的，到了马可·奥利略时期，货币的成色已经下降到百分之二十五，到了3世纪，则更降低到百分之五。劣质货币的发行，加速了物价的高涨，物价越高，政府的财政越困难，税收短少和货币贬值的问题也就越严重。这就形成了一种循环，结果是造成手工业和商业的日益凋敝，城市经济不得不逐步走向衰败。

经济的凋敝直接导致人民群众生活的艰难，3世纪中叶，各地爆发了武装起义，西西里再次发生暴动，高卢北部的贫民、隶农和奴隶也掀起号称“巴高达”（斗士）的运动，起义者占领田庄和城市，推举自

己的领袖做皇帝。运动虽然于3世纪80年代暂时平息，但是它的余波一直绵延至3至4世纪。罗马的手工业者、贫民、奴隶曾经联合起义，一举击杀了7000名帝国的军士。

多瑙河外的哥特人于251年击毙了罗马皇帝戴西（公元249—251年），后来又横越巴尔干，袭取拜占庭城，攻扰小亚细亚和爱琴海地区。在帝国的西北部，法兰克人于256年起就出现于莱茵河的下游，他们进入高卢的中部和东部，并且在西班牙的东北获得立足的据点。阿雷曼人也在这时分支渡越莱茵河，一支进扰高卢的泷河流域，另一支南下意大利的北部。在帝国的东方，256年，新兴的伊朗进攻叙利亚，占领了安条克城。罗马皇帝维勒里阿（公元253—259年）在率兵反击中竟战败被俘，坐视伊朗军队横扫小亚细亚。

在罗马帝国的历史上，3世纪时是一个由盛转衰的时期，罗马的奴隶制社会已经到了油尽灯昏的地步，帝国衰亡的命运已不可逆转。

（2）帝国的崩溃

在2到4世纪期间，罗马帝国虽然先后开展了赛维鲁改革（公元193—121年）、戴克里先改革（公元284—305年）和君士坦丁改革（公元323年—337年），但仍不能从根本上挽救正在走向没落的奴隶制度。帝国后期的阶级矛盾空前尖锐，隶农的地位急遽下降，他们不得与自由民通婚，没有财产权，无权出卖农具和收获物。手工业者、商人被固定在同业公会组织中，市议员也会遭到鞭打、下狱，直至处死的惩罚。大量城市人口逃离城市。君士坦丁去世后，帝国集团内部又发生了16年争夺皇位的混战。提奥多西（公元379—395年在位）把帝国分给两个儿子，于是，帝国于395年正式分裂为二：西罗马帝国（首都罗马）和东罗马帝国（首都君士坦丁堡）。至此，统一的罗马帝国不复存在，昔日罗马的繁荣景象亦一去不复返。分裂后罗马人民贫困，人口锐减，经济衰败，城乡萧条，政局混乱，国家分裂，这一切都标志着罗马帝国末日即将来临。

公元4世纪末到5世纪初，罗马帝国不断地爆发人民起义，西哥特人、日耳曼部落的汪达尔人和勃艮第人先后进攻意大利。410年，西哥特人一度占领罗马。4世纪末匈奴人西迁进入欧洲中部，452年，匈奴王阿提拉率匈奴大军攻入罗马境内，给已经奄奄一息的罗马帝国以沉重的一击。455年，汪达尔人袭击意大利，再陷罗马城。在5世纪上半叶，罗马先后建立起西哥特王国、汪达尔—阿兰王国、勃艮第王国和东哥特王国等蛮族国家。到公元5世纪70年代，西罗马帝国已经土崩瓦解。476年9月，日耳曼人入侵，其雇佣兵首领奥多亚克废黜西罗马帝国最后一位君主罗慕卢斯·奥古斯图卢斯，西罗马帝国宣告灭亡。

西罗马帝国的灭亡是西欧奴隶制社会结束的一个标志。从此之后，欧洲的历史转入新的一章，奴隶制的社会已经退出历史舞台，西欧社会进入了一个新的时代——封建时代。

（3）拜占庭帝国

395年，罗马帝国分裂成东西两部分。东罗马帝国的版图包括欧洲的巴尔干半岛、亚洲的小亚细亚、亚美尼亚、叙利亚、巴勒斯坦、美索不达米亚上游及非洲的埃及和利比亚。首都是原由希腊移民建立的城市拜占庭，330年因君士坦丁皇帝迁都于此而改名为君士坦丁堡（今土耳其首都伊斯坦布尔），所以，东罗马帝国也称拜占庭帝国。在西罗马帝国逐渐走向衰亡的时候，拜占庭帝国却幸存下来并逐渐发展兴盛，到6世纪，形成了以“拜占庭文明”著称的、与西欧文化大相径庭的独特的文明体系，其由罗马政治体制、基督教和希腊—东方文化三部分组成。

在拜占庭帝国近1000年的发展历程中，对后世影响最大的要数公元6世纪查士丁尼统治时期颁布的《查士丁尼法典》（也称《国法大全》）。它对世界近代乃至现代各资产阶级国家的立法和法学研究有着重大的影响。

在经历过7世纪危机、希拉克略改革、圣像破坏运动、教会大分裂、十字军的劫掠、蛮族入侵、尼西亚帝国皇帝米凯尔八世（公元

1259—1282年在位）重建拜占庭帝国等一系列重大历史事件和军事打击之后，老大帝国终于进入了四分五裂、气息奄奄的衰老时期。特别是随着奥斯曼帝国的崛起，1453年5月29日，君士坦丁堡终于被土耳其人攻陷，土耳其人烧杀抢劫了三天，6万君士坦丁堡的居民被沦为奴隶，奥斯曼土耳其帝国随即迁都君士坦丁堡，并将其改名为伊斯坦布尔（意为伊斯兰教的城市）。至此，存在了近千年之久的拜占庭帝国彻底灭亡。但那时欧洲的文艺复兴已经在欧洲大地上显露出了其耀眼的曙光。

2.《国法大全》编纂的经过及其框架结构

在3到5世纪期间，由于罗马社会发生了巨大的变化，帝国历代皇帝迫切要求将已有的法律用特定的形式巩固下来。为此，许多皇帝在执政期间均对过去颁布的法律进行汇编工作。起初是由个别法学家编纂皇帝的敕令，如公元3世纪末草拟的从2世纪末到3世纪末的皇帝敕令集——《格里格安法典》和前者以后若干年的皇帝敕令集——《格尔摩格尼安法典》，以及公元5世纪由狄奥多西二世（Θεοδόσιος Β' Flavius Theodosius 408—450年，阿卡狄奥斯之子，东罗马帝国皇帝，401—450年在位）颁布的第一部由罗马帝国官方编纂的、包括了从4世纪以来的敕令集——《狄奥多西法典》。但是，大规模、系统地法典编纂工作则是在西罗马帝国灭亡之后，东罗马帝国皇帝查士丁尼统治期间和他死后的一段时间内进行的。

公元518年，一位出身于现在南斯拉夫地区的一个农民家庭的、完全没有接受过任何教育的名叫查士丁（Justin）的老兵登上了东罗马帝国的皇位。但是，他却把他的侄子和养子查士丁尼（拉丁语：Justinianus I；希腊语：Ιουστινιανός；全名为弗拉维·伯多禄·塞巴提乌斯·查士丁尼 Flavius Petrus Sabbatius Justinianus，约483－565年，东罗马帝国皇帝，527年－565年在位），接到当时东罗马帝国的首都君士坦丁堡接受了当时所能提供的最好的教育。公元527年，已经年满45岁、具有卓越才能且怀着振兴罗马帝国雄心的查士丁尼继承了他叔父

的皇位，成为东罗马帝国第五个王朝查士丁尼王朝的第二个皇帝。注 他继位后实施的第一个宏伟计划就是继续进行90年前狄奥多西二世所做的那个一直令他魂牵梦绕的工作——编纂新的罗马帝国法典。

公元528年，即他继位的第二年的2月，他任命了一个十人委员会负责重新汇编敕令。他给这个委员会的任务是删除所有已经过时的法律，并且根据现实之需要而对有关文献做必要的整理、删减和修改。这项看似宏大的工程，仅仅用了一年的时间，529年4月，新的《法典》即被颁布。但是，这部《法典》仅被适用了5年时间，仅在534年之前具有效力，而且它没有被流传下来。公元534年，又对《法典》进行了修改后再度于534年11月16日公布，同年12月29日生效。法典共12卷，卷下分目，每目按年代顺序排列敕令的摘要，上面标出颁布敕令的皇帝的名字，敕令的末尾注明日期，共有5000项敕令。现在流传下来的法典是9—12世纪的手抄本。这部法典被称之为《查士丁尼法典》。

几乎在编纂这部法典的同时，查士丁尼的注意力又转移到了另外一个更加宏伟的计划上了。早在狄奥多西二世时期，狄奥多西本人就打算搞一部法学家们的论著汇编，但后来他放弃了这个计划。查士丁尼最初也只是想处理一下那些悬而未决的有争议的问题，并且正式废除那些过时的敕令。但是，经过一番思考，雄心勃勃的他，却开始了另外一个更加宏大的计划——编辑一部能够保存古典法学著作精华且能够为当时所实行的法提供说明的《学说汇纂（Digesta）》。查士丁尼于公元530年，即他上台的第3年，把这项工作委托给了特里波尼安，并且成立了一个委员会，以协助特里波尼安完成该项任务。特里波尼安共选了16个人参与此项工作，其中1人是国家高级官员，11人是实际工作者，4人是教授，其中两人来自君士坦丁堡，两人来自贝鲁特。他们对旧的著作进行翻阅和摘录，然后将所摘录的材料汇集在50卷中，再根据选定的议题将这50卷分为章节。此外，他们还对有关文献进行必要的删减和修改，以避免重复和矛盾以及已经过时的内容，同时记录所有摘录材料的出处，注明作者的姓名、作品的标题和第几

编名目。这部著作中所引录的所有语录均选自39位法学家的言论和著述。其中论著引用率最高的是乌尔比安，有些法学家只有一条语录被选用，其中大约四分之一的语录摘自于杰尔维迪·斯凯沃拉、彭波尼、尤里安、马尔西安、雅沃伦、阿夫里坎、马尔切勒七位法学家的著作。

为了完成这项宏伟的工程，编纂者们翻阅了将近2000篇文献，大约有3，000，000行，从这3，000，000行中选入150，000行。其中的摘录选自39位学者的著作，这些学者包含了从公元前1世纪到公元4世纪期间的几乎所有当时知名或不知名的法学者。其中乌尔比安的论著约占到总篇幅的三分之一，保罗的论著超过六分之一。这项工作原来的预定时间是10年，但在3年内就完成了。它由查士丁尼于公元533年12月16日加以公布并在14天后生效。(注)这部著作被称为《查士丁尼学说汇编》，又名《学说汇纂》。

在编纂《学说汇纂》的同时，特里波尼安和两位分别来自君士坦丁堡和贝鲁特的狄奥菲尔和多洛特又被查士丁尼委托去编纂一本正式的学术的基础教材——《法学总论》。这部教材于533年12月颁布，也被赋予了立法的效力。但是，这部著作大部分来源于盖尤斯的《法学阶梯》，把法分为人法、物法和诉讼三部分。这部著作被称为《查士丁尼法学总论》，又名《法学阶梯》。

在编纂这三部著作的同时，查士丁尼又颁布了大约168条新的敕令。于是，查士丁尼试图编纂一部新敕令集，但这项计划一直没有付诸实施。直到公元565年，法学家们才又把查士丁尼在法典编完后陆续颁布的这些新敕令汇编成集，称为《查士丁尼新律》，其内容主要涉及行政法规等公法和宗教事务方面的内容，其中也有一部分遗产继承方面的规范。但是，这一年查士丁尼去世，终年83岁，他应该没有看到这部法典的出台。但是，这些敕令仍然是查士丁尼在位时颁布的，因此，应当仍然属于查士丁尼的功绩。

至此，以上这四个部分，至12世纪被称为《查士丁尼民法大全》（又称《国法大全》、《罗马法大全》）。这一宏伟的法律巨著，虽然是在西罗马帝国灭亡以后编纂而成的，但其是对整个罗马帝国的全盛时期所颁布的法律的收集和整理，因此，其所编纂的法律大部分仍然是罗马帝国全盛时期的罗马法的内容，它能够反映出整个罗马帝国全盛时期的罗马法的全貌，因此，它是历史上一部最完备的奴隶制成文法典，它系统地搜集和整理了自罗马共和国时期至东罗马帝国查士丁尼为止的近1100年期间罗马共和国和帝国时期所有的法律和重要的法学家著作，是罗马法最完备、最权威的大典，是罗马法发展到最高峰时期的完整体现和标志，对后世欧洲各国乃至全世界的法律和法学的发展有着极大的促进意义和影响。后人所说的罗马法，实质上指的就是《国法大全》。

关于《国法大全》在后世的流传及其影响，将在本书的第五章思想的渊源中予以详细地论述。因为，欧洲文艺复兴前后所兴起的复兴罗马法的热潮，是造就近代欧洲法律和法学直接的起搏器和前驱。甚至可以说，没有罗马法，就没有欧洲现在的法律体系和法学。所以，研究世界法治的发展历程罗马法是一个永远绕不过去的课题。

四、公法与私法之划分

罗马法传统的结构被法学家划分为“公法”和“私法”两大部分。这种划分方式是罗马法学家乌尔比安第一个提出的。他提出：“公法是有关罗马国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法。事实上，它们有的造福于公共利益，有的则造福于私人。”[注]查士丁尼《法学阶梯》肯定了该理论：“这一研究有公法和私法两个领域。公法是关系到罗马人的公共事务之状况的法律；私法是关系个人的法律。”[注]因此，在罗马法中，公法规定国家政权活动、宗教仪式、神职人员和地方长官任命、权限等，保护整个国家和社会利益，是调整国家机关活动的原则

和宗教祭祀活动的规范，这是古代罗马国家得以确立即稳定的法律基础；私法则是保护一切私人利益，是调整所有权、债权、家庭婚姻和继承关系的法律规范，这是古代罗马关于个人利益的法律保障。正是这两类法律体系的有机结合，才保证了罗马共和国和罗马帝国千年的稳定与发展。

那么，在古代罗马为什么会产生出对于法律如此划分的理论呢?我们可以通过对于罗马共和国到罗马帝国时期的社会经济结构的变迁，来分析公法和私法这对概念的起源，及其划分的理论和实践的依据。

在公元前5世纪时期，罗马是一个由自由农民组成的贵族社会，面积近400平方英里，人口不过20万左右，人口几乎全部散居在乡间，分为17个（区）农业部落。大多数家庭拥有自己的一小块土地和一处小房子，父子们在一起居住和工作，大多数家庭都种植谷物，也种植一些葡萄和橄榄，同时，牧牛也是家庭的重要工作，一般家庭的衣服和简单农具都是由自己家里自制的，只有节日里才到城镇用谷物或其他自产的产品购换买一些家里需要的东西。那时的城镇既是罗马人的宗教的中心，也他们的政治中心。城里有供奉着各类神祇的庙宇，有富人的住宅，有工匠和商人的店铺，在店铺里农民可以用谷物、油或酒来换取盐或铁制工具。(注)所以，农业依然是罗马共和国早期主要的经济形式。公民分得适量的土地，还没有出现大地产制；手工业和贸易还未引起罗马人的重视，整个罗马呈现着一派简朴、勤勉和自给自足、惬意的、疏散的农村田园生活的景象。一句话，当时的罗马是典型的农业社会。

共和早期的罗马只是一个小城邦。城邦统领着较小群体，对于各较小的群体而言，城邦的任务是维护秩序和防卫外敌的骚扰及入侵。城邦的每一个家族都有一个在男性直系血亲中推选出来的最年长者，即家长。他对奴隶和家庭成员享有不受限制的绝对的裁决权，此即家长权。于是，就出现了至少三种关系，即：公民（即公民的代表—家

长）与国家的关系，家长与家庭成员的关系，一个家族中的家长与另一个家族的家长之间的关系。[注]这里的第一种关系宜由公法调整，在这里国家的意志超越了个人意愿，个人需要绝对服从国家。依照罗马法，人民的行为如危害国家的秩序或侮辱国神或对公共安全有妨害时，统称为刑事犯，这属于公法范围。第二种关系，也就是家长权的内容，它的根据是权力关系，而不是权利义务关系。在最初却并非由法律调整，而是由公众舆论和道德监察官加以调整。[注]第三种关系，由私法调整。它基于个人的法律行为对他人所引起的责任问题，例如，违反契约或对于债务的不履行。

但是，在罗马共和国在公元前3世纪后期开始了一系列浩大的战争，如布匿战争、马其顿战争、朱古达战争、米特里达提战争和高卢战争等。长期的对外征服和扩张战争，使罗马获得难以数计的奴隶。奴隶劳动将公民的人力解脱出来，保证了共和国军事力量。也使得罗马共和国第一次在农村将大地产农业与大量奴隶劳动结合起来，从而确立以广泛的奴隶大庄园为特点的新型农村制度——奴隶大庄园经济。那时的罗马大地主大多居住在城市中，他们开始热衷于政治活动。他们在乡间的庄园则由获得解放的奴隶管家负责经营和管理。庄园土地上所生产的产品，主要是价值比较高的经济作物，如橄榄油、酒、蔬菜、畜禽等等；而普通的谷物则由于利润较低，主要由被罗马征服的那些殖民地生产。而且，这些奴隶庄园生产的产品基本上拿到市场上去出售，以换取高额的利润。可见，在古罗马时代就已经存在着高度发达的市场经济，或者称之为自由经济，自由并没有给小农带来任何的利益，真正获得利益者是那些占有较多地产的贵族和庄园主。庄园经济也未成长为自给自足的小农经济，而是一种以追求交换价值为目的的商品经济，它实质上是世界上最早期的农业资本主义的典型代表。这与中国那种自给自足的小农经济有着明显地不同，这种不同的核心就是这种农业经济的基础，或者说目的，不是为了自给自足，而是为了用这些产品换来更多的货币利润和货币价值。换句话说，它的生产目的不是为了满足自己的需要，而是为了获取更高的货

币利润。在这种经济体制之下，小农不得不将自己土地进行抵押，甚至最终失去土地。小土地所有者数量急剧下降，自由农民成为富人的门客或是城市游民。这时正处于共和晚期，罗马的商品经济开始发达，罗马原有的公有土地的私有化进程基本完成，土地私有的法律关系逐渐明朗化，此时，土地的流转比土地所有权的确定更加重要，因而，法律的重心也自然而然地由物权法向契约法转移，法律制度也由保护农业社会的目的，向保护商业社会为基本目的方向转化。在法律行为上意思主义也逐渐取代形式主义。注在此大背景下，为了达到将公地转化为私地的目的，罗马法规定了“税地”。这种土地由市民与监察官或财政官订立契约，规定授予此等土地的条件和租金。这种税地所有权属于公有，但被授予人可以转让其权利。至于行省土地则被看作是君主或共同体的财产，私人通过偿付而取得使用权，而且这一权利是可以转让的。而要实现这一转变，公法自然便成为了推动这一进程的主要动力。一方面，它确认了这种制度的合法性，另一方面，它对于这种制度起到一种保护和稳固的作用。

由此可见，公法与私法的划分与提出有着深刻的社会背景，它的出现是建立在公域与私域初步分离的基础上，并非罗马法学家臆造出来的。最早的公私之分是围绕着家长的双重身份这一核心为主要内容的。到共和后期，逐渐出现了以税法、军事法以及土地法等为内容的公法，这些公法的出现，也为私法的成长创造了环境。如果没有这些公法对土地权属的确定和公共权力的限制和运作的方式作出规定，私法也就难以产生。注

但是，可以得出的结论是，乌尔比安提出公法与私法划分是在公元3世纪，此时正处于古罗马帝国向君主专制转变的时代，古代民主制下对政体和国家治理问题的言论自由逐渐丧失，法学家们将公法研究视为畏途。于是，法学家们正是基于这个直接原因而提出了公法与私法的划分。而且，罗马法学家在将法律区分为公法与私法之后，就把

公法弃之不顾，专心研究私法去了。因而，古罗马的私法极为发达，形成了包括自然法、万民法和市民法的私法体系。

于是，有学者明确提出，罗马法学家区分公法与私法的真正的目的仅在于法律研究学习的便利和安全，尽管此种区分背后有着特定的经济和政治原因。注

关于公法与私法对于后世的影响及其在历史上所发生的诸如公法与私法何者为先、公法与私法的关系和地位等问题的争论，笔者不想在此花费笔墨予以评述，我想说的一句话就是，面对纷繁复杂的现代社会，我们既不能片面地强调在私法范围内，政府的唯一作用就是确认个人的私权并保证私权的实现，即私权至上性，更不能完全放弃私法领地的自治权。比较合理的结论是：在切实保证私权利益的同时，有限而谨慎地承认公权力干预的合理性、合法性。尤其是在中国当前还处在一个呼唤权利的特殊时代，二者的有机结合才是最明智的选择。

五、《学说汇纂》

《学说汇纂》由50编组成，编下分章，每一章都有自己的标题，其中只有关于遗赠和遗产信托的第30、31和32编没有划分章。在每一章中的每段语录都先指出提出这段语录的法学家的名字，原著的编、章号码。由于其内容十分繁杂，为了援引的方便，一般将一些较长的语录划分为一个条款或者若干款项，各个语录均按顺序号码编排，在援引时，先使用缩写D.，然后指出编、章、条、款的号码。

《学说汇纂》是依照查士丁尼皇帝颁布的《永久告示》的体例进行编排的，共划分为七个部分：第一部分包括第1编至第4编；第二部分“关于审判”，包括第5编至第11编；第三部分“关于物”，包括第12编至第19编；第四部分是“核心”，是关于抵押、营造司告示和要式口

约、利息、航海、文书、证人、证据、推定、婚姻、嫁资、监护等民商事的内容，包括第20编至第27编；第五部分“关于遗嘱”，包括第28编至36编；第六部分是关于遗产占有、无遗嘱继承、新作业告令、潜在损害保证金、排放雨水之诉、生者间赠与、死因赠与、解放奴隶、占有和所有权的取得、执行、令状、抗辩等内容，包括第37编至44编；第七部分是关于要式口约、担保、债的更新、债的清偿、债的免除、裁判官要式口约、刑法、上诉、城邦的管理、允诺、捐税、词语的含义、法的规则等内容，包括第45编至第50编。

六、《法学阶梯》

《法学阶梯》是以盖尤斯的《法学阶梯》为蓝本编纂的。它除了从盖尤斯的《法学阶梯》中汲取内容外，还广泛地参考了盖尤斯的《日常事物》以及古典学者的所有《法学阶梯》的内容，有些段落是从《学说汇纂》中摘取的，也收录了查士丁尼谕令中的内容。注

《法学阶梯》与盖尤斯的《法学阶梯》一样，分为人、物和诉讼三大部分。其中包括了四编（卷）：第一编为人，包括26题，分别为：正义与法，自然法、万民法和市民法，人法，生来自由人，解放自由人，人们在何种情况下不能实施解放，福菲亚·卡尼尼亚法之废除，自权人一承受他人权力者，家父权，婚姻，收养，以何种方式解除支配权，监护，什么人可以通过遗嘱被指定为监护人，宗亲之法定监护，人格变更，恩主之法定监护，尊亲之法定监护，信托监护，阿提亚法上的监护人或根据尤利亚及提济亚法指定的监护人，监护人之授权，以何种方式终止监护，保佐人，监护人和保佐人提供的担保，豁免，受怀疑的监护人和保佐人。第二编为物，这一编所涉及的物是物权和遗嘱继承的内容，包括25题，分别为：物之分类，无体物，地役权，用益权，使用权和居住权，取得时效和长期占有，赠与，允许或不允许作转让的人，我们通过哪些人获得财产，遗嘱之订立，士兵

的遗嘱，哪些人不许订立遗嘱，剥夺女子继承权，继承人之指定，通常的补充继承人，未成年人的补充继承人，以何种方式取消遗嘱，不合义务之遗嘱，继承人的资格和区别，遗赠，遗赠之剥夺与转让，法尔奇迪亚法，遗产信托，通过信托遗留单一物，补充遗嘱。第三编为物，这一编所涉及的物是无遗嘱继承、契约之债和私犯之债的内容，包括29题，分别为：无遗嘱地移转遗产，宗亲的法定继承，德尔杜里安元老院决议，奥尔提安元老院决议，血亲的继承，血亲的亲等，对解放自由人的继承，对解放自由人的分配，占有遗产，由于收养自权人的取得，因自由权而被判给财产者，已被废除的通过出卖遗产的继承和根据克劳狄安元老院决议的继承，债，以何种方式通过物缔结债，口头之债，多数债权人和债务人，奴隶的要式口约，要式口约的分类，无效的要式口约，保证人，文书之债，合意之债，买卖，租赁，合伙，委任，准契约之债，我们通过什么人获得债，以何种方式消灭债。第四编为诉讼，包括18题，分别为：产生于私犯的债，以暴力攫取财产，阿奎利亚法，不法侵害，产生于准私犯的债，诉权，被主张与处于他人权力下的人订立了交易的情况，损害投偿之诉，四足动物被主张致人损害的情况，我们可以通过其提起诉讼的人，诉讼担保，永久诉权和有期诉权以及转给继承人行使或转给对继承人行使的诉权，抗辩，反抗辩，令状，课加于草率诉讼者的罚金，承审员之职责，公诉。

《法学阶梯》虽然是以为法学教学为目的而编纂的，但根据于533年12月30日生效的皇帝谕令，(注)它自这一天起也具有了立法的意义。不仅如此，在敕令中，查士丁尼要求他的臣民用最大的努力和愉快的热忱去接受这部法律（敕令第7条），并且明确规定，只有在学完这部法定作品之后的人，他才可被委托管理国家中的部分事务。可见，这部著作对于国家和臣民之重要意义。也就是说，只有认真学习和掌握了这部著作的人才有资格参与国家事务的管理，否则，任何人都无权参与国家事务的管理。早在公元6世纪的拜占庭帝国时期，对于国家现行法律和制度的了解和掌握的程度，就已经成为了能否有资格管理国

家事务的前提和基本条件。这是构建法治社会的前提和基础。一个所有官员都对自己国家现行的法律和政治制度不甚了了的国家，无论如何也不是法治社会。

---

1. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第50—51页。
2. Theodor Hommsen, The history of Rome,Vol1,JM Deat and Sons Ltd,1920,Chapter 11.
3. 《关于阿文蒂诺的意契利司法案》是指公元前456—445年的保民官提出的将阿文汀山的公地分配给无地或少地公民的法案。
4. 所谓的“表”指的是当时书写或铭刻法律所用的木板或金属板等。
5. 十人委员会的一名成员企图奸污一名贞女，贞女负辱自杀。
6. 关于《十二表法》的详细的制度过程，可以参阅《世界史资料丛刊初集》，《罗马共和国时期》（上），1957年三联书店出版；法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第158—170页。
7. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第156—157页。本章中所引用的《十二表法》的条文均见此书中第144—157页。以下不再一一标注。
8. 参见【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年第1版，第15页。
9. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第144页。在该书中就用了许多圆括号来表示补充的内容。
10. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第144—145页。
11. 见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第51页。
12. 森都利亚会议是古罗马王政时代的第六代王塞尔维乌斯·图里乌斯（公元前578—公元前534年在位）进行的一次军事、政治方面改革中创设的一个重要制度，即百人团会议，它是代替库里亚大会作为公社的权力机关。会议对一切问题的表决都以百人队为单位，每个百人队只有一票表决权，共有193票。会议决议案以过半数通过为准则。表决时按等级顺序进行。因此，只要第一等级和骑兵团一举手，其他等级也就无须再表决了。设立森都利亚大会代替库里亚大会作为公社的权力机关。
13. 东罗马帝国如果自早期罗马帝国东部的君士坦丁王朝（306–363年）起计算共经历了约20个王朝（自公元306年—1453年），查士丁尼王朝（518-602年）共有5位皇帝，

查士丁尼被称为查士丁尼一世（Ιουστίνος A' Flavius Iustinus 527年—565年在位），前后共在位38年。

14. 参见【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第39页。

15. 【意】桑德罗·斯奇巴尼选编：《正义与法》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第33页。

16. 【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第11页。

17. 参见【英】赫·乔·韦尔斯：《世界史纲》（上卷），吴文藻等译，广西师范大学出版社2001年版，第363页。

18. 参见【英】F.H.劳森：《罗马法对西方文明的贡献》，黄炎译，载《比较法研究》1988年第1期。

19. 参见【意】彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第126页。

20. 参见徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社2002年版，第48页。

21. 关于古罗马公法与私法划分问题研究，读者可以详细参见刘洋："公法与私法划分起源研究—从罗马共和国社会变迁的角度"，载法史网http://fashi.ecupl.edu.cn/article_show_full.asp?ArticleId=239；李晓东："古罗马公法、私法划分及其意义"，载http://www.docin.com/p-552376832.html；郭明瑞、于宏伟："论公法与私法的划分及其对我国民法的启示"，载《环球法律评论》2006年第4期。

22. 郭明瑞、于宏伟："论公法与私法的划分及其对我国民法的启示"，载《环球法律评论》2006年第4期。

23. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第338页。

24. 关于这一谕令的内容可参见【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第1页至第7页"敕令"。该敕令第6条规定："它们根据全部古代法学家的《法学阶梯》，特别是根据朕的盖尤斯的《法学阶梯》和《日常事物》以及其他许多评注编写而成，上述三个博学的人（指特里波利安、提奥菲鲁斯和多罗兑乌斯——本书作者注）将它们呈交于朕，朕阅读之，审查之，朕赋予它们以朕之敕令的最完全的效力"。

第四节

罗马的司法制度

一、罗马法庭

罗马上古时期即没有专门的司法机构，也没有司法制度，由行政机构行使司法权，直到罗马共和国前半期才出现了司法概念，并且开始设置司法机构。与古罗马将法律划分为公法与私法相呼应，其诉讼也分为公诉和私诉，即实行民事法庭与刑事法庭愤慨设置的原则。

民事法庭管辖两类案件，一类案件为当事人双方设立并履行某种法律手续作出裁决，比如，就收养子女的行为作出裁决；另一类案件针对当事人双方有争议的问题进行审理和判决，比如按照当事人的请求分割共有土地。刑事法庭则受理罗马市民的重大犯罪案件。根据古老的只有家族会议有权管辖刑事案件的习惯，凡需要剥夺市民身份权和处以极刑的案件，必须经过百人团大会的审判程序，否则不发生法律效力。但是，元老院本身享有审理内乱罪、侵害国家罪等重大刑事案件的权力。同时，为了进一步扩张和稳固统治的需要，元老院往往把生杀大权授予执政官或者各行省的长官。

在罗马共和国时期，行使罗马共和国司法权的机构主要有：最高裁判官、大审院和其他高级官吏。

最高裁判官是专理司法的行政长官，其创设于公元前367年，至此将司法权从最高行政长官——执政官手中分离出来。最高裁判官最初是为了审理国内司法案件而设的，他由百人团大会选举产生，任期一年，任期届满后获得领导行省的权力。他的主要职责是领导国家的诉

讼活动，审理民事案件，处理刑事案件时担任审判委员会主席。公元前242年又增设一名外务裁判官，专门负责处理外国人和非罗马公民之间的诉述活动。随着罗马不断地向外扩张，到共和国后期苏拉时期增至10名，到了凯撒时期又增至12名，奥古斯都时期达到16名。最高裁判官地位尊贵，每当执政官出巡时由他代理国政。在最高裁判官之下设10名法官，具体承办案件，作出判决。在古罗马，审理案件需经过法律审理和事实审理两个阶段，最高裁判官之处理法律审理程序问题，制定出办案程式，交由法官就具体事实进行审理，并依照他的指示作出判决。审理案件的法官因职责不同分为承审法官、仲裁法官和合议法官三类，均有最高裁判官任命。

大审院是一种象征性的司法审判机关，设置于公元前240年，由105人组成，全部由库里亚公民大会选举产生。为了方便诉讼，其下设四个专门委员会，除非有特殊情况，一般不召开全体会议。它仅审理遗产继承、监护和其他简单的物权诉讼。所以，它实际上是古老司法制度的延续和象征，无法与最高裁判官的司法权相抗衡。

除了最高裁判官和大审院之外，监察官也可以处以罚金、执行命令等方式审理一些违反社会道德行为的案件，例如，虐待子女、不孝敬父母、铺张浪费、酗酒闹事，以及主人对奴隶极不人道等行为，一律由检察官来惩罚。保民官原是体现古罗马民主制的监督机关，后来也拥有了对于违法者处以罚金、逮捕的惩罚权力。

进入帝国时期，国家开始把大权归于皇帝一人手中，皇帝也开始独揽生杀予夺的大权。在那时，皇帝独揽司法大权，执政官除在解放奴隶和监护制度方面享有管辖权外，权力几乎被削尽；最高裁判官不再享有民事和刑事案件的管辖权；大审院也只能审理遗产继承案件。为了加强皇权，奥古斯都时期，还设立了一个议事会，由两名执政官和15名元老组成，专为皇帝佐理司法事务。其实质上也仅仅是一个咨询机构，并无实权，一切司法大权都集中在皇帝一人手中。

可见，古罗马的司法机构经历了古典时期、共和国时期和帝国时期三个不同的发展阶段，即由司法于行政不分到出现司法概念，由设置专职的司法机构到皇帝独揽司法大权，反映出古罗马的司法制度发展变化的独有轨迹，也反映出了罗马政治制度发展的轨迹和特征。因此，研究人类法治的历程必然要对古罗马时期的司法制度予以足够的关注。而这方面的研究似乎略显薄弱了些，人们都把研究的注意力放在了罗马的立法和罗马法的精神方面去了，笔者想在这本书里为此做一些尝试和努力。因为司法制度是衡量一个国家法治进程的最直接的标准之一。

二、诉讼制度

罗马法学家把法分为公法与私法的同时也将诉讼分为公诉和私诉。但是，仅仅这样划分根本不能概括罗马诉讼制度的全貌。罗马诉讼制度有着其独特的风格，其最显著的特征就是包含了公诉制度、法律诉讼、程式诉讼、申诉制度和特别诉讼等多个诉讼形式。

（一）公诉制度

古罗马公诉制度的出现与对于索贿罪的审判和处罚密切相关。公元前171年，西班牙行省的人民对于行省的官员索贿、渎职行为极为不满，他们对一些总督提出控告，要求归还被剥夺的财产。元老院委托一位裁判官针对每个被西班牙人要求返还财产的总督组织一个由5为判还官组成的法庭进行审判活动，允许起诉者按照自己的意愿选择保护人。在公元前149年颁布的《坎布尔尼法》把这种诉讼规定为正常程序，有外事裁判官负责领导这种诉讼。这就出现了索贿刑事法庭诉讼程序，它以返还被剥夺物品为主要诉讼目的，因而它以索贿这种犯罪名称作为其名称。公元前123年又颁布了《索贿罪法》，规定，由一位裁判官专门负责对索贿罪的审判，而可以挑选一个陪审团，裁判官准

备一份从骑士中选出的450名市民的名单，每个诉讼的控告人均可以从这份名单中挑选100人并将中选名单通知被控告者，后者从这100人中选出50人参加陪审团。这项法律明确规定了此类诉讼的特点，它实行的是双倍的处罚。如果控告者胜诉，且是外国人，则以取得罗马市民籍和在被被控告者部落中的投票权作为奖赏。注

自此，罗马诉讼制度中颇具特色的公诉制度建立起来，这个制度的一个最显著的特点就是保护人制度，即控告者可以提出指派保护人的要求，裁判官根据控告者的要求指派保护人，以保护受侵害者利益，而且任何罗马市民均可以向公诉法庭就某个或某些官员的索贿犯罪行为提出控告，后来，这种制度被扩大适用至其他方面，从而形成了正规的刑事诉讼程序。其具体程序是：

首先，控告者向法庭（执法官）提出诉讼请求；如果有数个请求人，可以先进行一种预审。

其次，在听取控告者的诉讼请求之后，开始真正的控告程序，执法官对控告正式受理。

再次，组成陪审团，开始辩论并调取证据。如果在第一次辩论中未能使审判员得出自己的判断，还可以再次进行辩论，平审判员可以决定审判延期。

最后，在诉讼结束时，裁判官收集陪审团的表决意见，陪审团成员分别用字母A和C表示对于被控告者是开释还是判罚。注

后来英美法系的陪审团制度可能就来源于此。

（二）法律诉讼

共和国初期最古老又原始的诉讼形式，它是通过法律流传下来的一种诉讼形式。这种诉讼形式并非指诉讼活动的法律程序如何完善，而是指一场诉讼活动必须符合法定的诉讼模式，即需要陈述一定的套

语，履行一定的行为，否则不是诉讼活动。法律诉讼制度经历了誓金式、拘押式、扣押式、返还式和请求指定审案法官几个阶段。其中誓金式是它的典型形式。誓金式法律诉讼由分为对物的诉讼和对人的诉讼。对物的诉讼是为维护对自己物品的占有而提起的诉讼。它要求将争议的标的物带到最高裁判官面前，由原告握住争执物按严格规定的语言陈述对该物的主张，言毕用木杖击物以表示占有之意，若被告对原告的主张明确承诺或默许，则原告将此物带走，宣告此次诉讼活动结束；如果被告不同意原告的主张，则需履行原告一样的行为，然后双方展开激烈的辩论，同时各自拿出主张该争议所有权的誓金，辩论结束后又各自拾取誓金，由最高裁判官裁定将争议物交由任何一方中间占有，随即指定一名法官进行审理。这种诉讼方式以鼓励当事人自行和解为原则，案件处理时限为30天，在这期间双方确实无法达成和解协议时，法官才正式作出判决，宣告诉讼程序结束。对于人的诉讼主要表现在债务纠纷案件中。在此类案件中，对于债务人是十分严苛的。根据《十二表法》的规定，债务人只要承认了债务或者经判决、裁定后被确认了债务，必须在30天的特许期限内设法还债，届期未清偿债务，债权人（原告）可以拘捕债务人，将其押解到法庭要求执行，在最高裁判官下令下令其清偿后仍不执行判决，又无他人愿意为之担保的，原告依法可以给其戴上不超过15磅的脚镣手铐后带回自己家中，债务人在被拘禁期间债权人可以每日发给他面粉1磅以维持其生存之所需，但此时债务人仍可以与债权人谋求和解，如无法商量出解决办法，还得继续被拘禁60天，再继续被拘禁期间，债权人可以将其三次带至市场，由最高裁判官宣布判决金额，如果仍然没有第三者出面愿意为之清偿债务，债权人则可将其任意处死或卖于异邦人为奴。如债权人为数人时，还可以将债务人切成碎块，实行按份分割。这种残酷的债务法一直沿用到公元前326年，自此之后才逐步地废除了平民的债务奴隶制。[注]

这种古老而残忍、落后的诉讼制度，不仅程序繁杂、狭隘，且形式主义严重，不敷实用，经常出现“判而不审”、“审而不判”的弊端，

严重地阻碍着社会经济的发展，因此，改革这种落后的诉讼制度已经势在必行。于是，一种新的诉讼形式应运而生。

（三）程式诉讼

程式诉讼来源于万民法。随着无数的异邦人涌进罗马城市，万民法开始走进罗马社会。这是一个在那个历史时期内适用于（或者说“调整”）罗马人与异邦人之间关系的法律体系，即所谓适用于所有人之间的法律。这种法律实际上不仅适用于异邦人，还适用于罗马人，因为，当异邦人提出需要通过诉讼的形式来解决纠纷时所针对的对立面往往是罗马人，而且，这种纠纷往往是涉及到债务和贸易方面的，所以，万民法所要针对的对象不可能仅仅是异邦人，因此，万民法应当属于异邦人和罗马人的共同的法律。商业的繁荣自然而然地导致形成一系列体现商品经济特征和规律的法律关系。而这种法律关系必然关系到对于条约和合同的承认与保障。因而，平等、诚信的理念也必然伴随着频繁的商业活动渗透到法律之中。但是，根据罗马传统，异邦人不能直接地提起法律诉讼，因此，罗马公民所享有的诉讼权利异邦人是无法享受到的。但是，随着国际贸易的进一步扩展，急需建立起一系列新的行为和新的关系，而在这些关系中至关重要的决定性因素就是信义，而由这种信义因素产生出来的诚信理念则是商业世界的支柱，这种诚信从商业（国际贸易）出现之时起就是商业市场的基石。而诚信在商业世界中是与法律一样是具有约束力的。而欲实现这种约束力就必须要有一整套法律制度和司法体系与之相配套。于是，在公元前242年，罗马设立了一名新的裁判官——外事裁判官，他专门负责审理异邦人与罗马人之间的争议。从此，适应这种新型法律关系的新的民事诉讼程序开始在罗马出现，这种取代早期诉讼程序的新形式就是程式诉讼程序。其所针对的是旧的法律诉讼体系过分第拘泥于细节，只要人们哪怕犯有及其细小的错误，都可能败诉，因此，在公元前2世纪后半叶罗马人颁布了《埃布兹法》和两项《尤利发》废除了旧

的法律诉讼程序，而用可以按照确定的词句，即一定的程式进行诉讼的一种新的诉讼形式——程式诉讼替代之。

程式诉讼的特点是强制性仲裁以及划分为法律审和事实审两个阶段。其具体组成部分是：注

1.请求原因

在此程式中原告要列举出所针对的事实，比如："被诉的事实是：A卖给B一个奴隶"；或者"被诉的事实是：A把一个奴隶寄托在B那里"。

2.原告请求

在这一程式中，原告表达他的诉讼要求。比如："如果查明B应当给予A一万赛斯特兹"；或者"无论查明B应向A给或做什么"；或者"如果查明根据罗马法这个人是A的"。

3.分配裁判

在这一程式中，允许审判员把某物判给某一诉讼当事人，比如：当共同继承人为分割遗产、合伙人为分割共同财产或者邻居为调整地界而提起诉讼时。因而，程式是这样的："审判员把应判给提兹的那些东西判给他。"

4.判决程式

就是授权审判员宣布判罚或者开释。比如这样的程式："审判员，判罚B向A给付一万赛斯特兹。如果事实不成立，则予以开释"；或者"审判员，判罚B向A给付不超过一万。如果事实不成立，则开释他"；或者"审判员，判罚B向A给付" 等等。

但是，这些程式并不是都一起使用，而是由的使用，有的不使用。原告请求又是单独出现，比如在预备审当中，例如，调查某人是否是解放自由人或者嫁资有多少等许多其他的预备审。而请求原因、分配裁判和判决程式则从不单独使用；如果没有原告请求或判决程

式，任何请求原因都将毫无意义；同样，没有请求原因或者原告请求的判决程式以及没有请求原因或者原告请求的分配裁判，均毫无效力，因而它们从来不单独出现。注

程式诉讼中所包含的程式有：关于权利问题的程式和关于事实的程式。关于权利问题的程式，比如原告在提出要求时采用这样的程式："某物根据罗马法是我的"或者"用的向我们给付"或者"应当因盗窃而赔偿损失"；还有一些根据市民法提出诉讼要求的程式。其余的程式就是关于事实的程式。在此程式中，人们不提出上述诉讼要求，但在程式开始时说明事实，然后增加授权审判员判罚或者开释的词句，比如：庇主针对违反裁判官告示对其提起诉讼的解放自由人所使用的程式。这样的程式是这样的：如果查明那个解放自由人对庇主在违反裁判官告示的情况下提起诉讼，仲裁官将判罚该解放自由人向该庇主给付一万赛特斯兹，如果事实不成立，予以开释。还有比如，针对在被传唤受审后既不出庭又未指定担保人的人，对于以暴力放走被传唤受审者的人。但在某些情况下，裁判官制定的程式既涉及权利又涉及事实，比如在寄托和使用借贷的问题上，这类案件的程式是这样的：如果A在B处寄托了一个银盘，无论为此B都应当根据诚信向A给付或者做什么，审判员将为A对B作出判罚，除非他实行了返还。那么，此时的程式是：如果查明A在B处寄托了一个银盘，而且该银盘因B的恶意而未向A返还，审判员根据物的价值判罚B向A支付等额钱款。如果事实不成立，则予以开释。但是，如果某人在原告请求中提出过分的要求，他将输掉诉讼，裁判官也不能使他恢复原状。提出过分要求有四种情形：物品过分、时间过分、地点过分和诉因过分。物品过分是指某人应得到一万，却要求获得两万；或者某人部分拥有物，却要求会的整个物或者超过其份额的物。时间过分是指某人在期限届满之前提出请求。地点过分是指某人被答应在某一地点执行给付，却要求在另一地点给付，而且不提及前一地点。诉因过分是指某人在原告请求中排斥债务人根据债法所拥有的选择权，比如，他在要式口约中曾经要求对方给付一万赛斯特兹或者奴隶，而后，他又要求获得这两个物中

的一个；同样，如果某人在要式口约中约定给付的是种类物，而后来却要求获得特定物。这些都属于过分要求，提出者将面临败诉。这实际上是商品社会中诚信原则的体现，即不能随意地剥夺他人的财物，而且要严格地遵守事先的约定，即使是口头的约定。这是市场经济或者商品经济社会中最起码的道德准线。

可见，程式诉讼已经克服了一些形式主义的色彩，并且扩大了其适用范围，不仅限于罗马公民，也审理外国人的违法案件，更加具有法定性和合理性。而且，其审理仍分法律审理和事实审理两个阶段，反映了对于传统的延续和继承。程式诉讼较之罗马传统的法律诉讼有了不小的进步。

（四）特别诉讼

进入帝国时期之后，随着皇帝权力的日益膨胀，罗马诉讼的仲裁特点和两个阶段划分的作法均被抛弃，出现了一些新的诉讼形式，这种新的形式就是：法的适用，从提出争执到判决，直至执行，均由拥有司法权的执法官负责。这种与罗马传统的普通私人审判制度完全不同的诉讼，因其特有的方式，被称之为“非常审判”程序。这种程序的一个最大的特点就是执法官直接控制、领导、独立地审理案件，而无需采用任何的程式或者借助民选审判员来审理案件。这一特别诉讼的出现，与罗马人对于国家的认识和理念密不可分。罗马人不认为国家在法律关系中可以与私人平起平坐。在有国家介入的一些行为中，国家主权的特点应当得到充分的表现，只要是有国家的介入活动或者行为，其自然就属于公法的领域，因此，私人不可能就某一普通的审判活动而状告执法官。这与中国传统社会中民告官属于大逆不道甚至犯罪范畴的制度及理念有异曲同工之处。因此，即使他对执法官的判决不满意，他也只能要求原审执法官重新审查自己在审判中的态度，而无法以诉讼的形式状告执法官。因此，早在共和国时代，就已经出现了这种由执法官控制和主持的干预司法和行政领域事务的情况，只是

待到帝国时期这种干预的适用范围扩大了而已，甚至已经延伸到了私人诉讼领域。有些以前只涉及道德义务和社会义务的履行现在上升为法律约束，当皇帝认为应当对某些道德义务或社会义务给予确认时，就通过执法官的审理活动使这类义务的履行具有了法律的强制性。比如，遗产信托，在共和国时期纯属私人的诉讼范畴，但奥古斯都却通过执政官的非常审判对此加以干预。后来甚至设立了对此问题已有司法权的“遗产信托裁判官”。扶养义务也通过“非常审判”程序而得以确认。非常审判的干预范畴发展到涉及自由、监护、家庭地位、市民身份、荣誉等领域。以后，诸如以暴力剥夺占有、与小麦贸易相关的争议、城市租赁问题等社会问题也均被划入到需要官员通过非常审判程序俩处理的范围之内。甚至，君主司法权也因此而凸显出来。除了直接审理提交给他的争议外，君主还可以审理人们也向他提出的上诉，这类上诉案件不仅包括针对官员裁决的上诉，也包括针对私人审判员在普通诉讼中的上诉。君主可以在一般审判和上诉审中，通过非常审判的形式审理案件，并作出判决或决定。除此以外，罗马各省的总督也同样行使着完全的司法权，他可以根据自己的裁量来调整诉讼程序，使之适应当地法律的需要。(注)

特别审判程序的确立，意味着当事人和作为审判者的执法官在诉讼活动中的地位完全改变：由于以国家的名义对当事人进行传唤，使得这种传唤具有了国家的强制性和权威性；在诉讼活动中，当事人可以不参与审理过程，诉讼完全可以在被告缺席的情况下进行；执法官以国家的名义进行调查并裁断争议，使得他们不仅享受着私人审判员原有的权力，而且其广泛性和内涵已经远非私人审判员所比，诉讼由此完全进入了国家权力的范畴。而且，这也促使刑事审判由过去的控告制转化为纠问制。这意味着，任何一个罗马市民均可以提出控告，官员也可以通过自己所掌握的权力和机构主动进行调查。如此一来，就出现了另一个敏感的问题——举报问题。同时，纠问制的实施也宣告了依赖于控告制而存在的辩护制度在罗马帝国的终结。特别是到了帝国后期，特别诉讼成为了罗马帝国内唯一通行的诉讼制度。

由此可见，古罗马的诉讼法制度经历了法定诉讼——程式诉讼——特别诉讼的一个历史的发展过程。这是历史的必然，也是对于罗马由盛转衰的历史过程的一个反射与表现。

三、律师阶层

《法律简史》的作者约翰·梅西·赞恩在谈到古罗马法治的历史时说：

> “罗马这个民族具有一种独特的法律天赋，尽管如此，这种天赋得到充分发展还是经历了漫长的岁月，经过了近一千年时间，罗马才获得法律经验这笔财富。程序完备的罗马法庭以及由法学家和辩护者组成的律师阶层，是罗马法律机器的两架发动机，在专业阶层的协助和监督之下，程序完备的法庭对法律争议的裁决促进了法律的进步。”注

在罗马，曾出现过世界历史上最早的辩护制度和律师阶层。这是古罗马在法治进程中远进步于古希腊法制的一个重要方面。当然在成文法的立法方面以及司法制度方面，古罗马也同样地先进于古希腊。但仅就律师阶层的出现来看，古罗马的这一特色，在人类法治发展史确有着开天辟地的意义。

现在，就让我们在再回到那2000年前的古罗马时代，去领略一下在那个历史背景下的罗马雄辩家的风采吧！

那是一场流传千古的激烈的法庭大论战。

古罗马优秀的辩护律师（当时被称为雄辩家）普利尼，接到一宗棘手的反贪案。被告人巴索斯是他的一个朋友，曾任比提利亚的省长，为人富有正义感。但他曾在他生日那天与友人交换了礼物，而当

时罗马的法律明令禁止官员接受任何礼品。现在，他的政敌们就利用这一点要置他于死地。面对这场极其明显地在法律的外衣掩盖下的政治斗争，普利尼为难了：如果他公开否认他的朋友与他人交换礼品的事实，显然很不明智，因为这事在罗马已经尽人皆知；如果他请求法庭宽恕他的朋友，就等于承认了他的朋友、他的委托人有罪，就会在顷刻间毁掉他的朋友；如果明知他的朋友所做是违法行为却还为其辩护，又会损害到他作为罗马公民的责任和名誉；如果不替他的朋友辩护，那国家将失去一个正直的官员，那样一来，会更加助长官场里那些更多的蛀虫和无赖的无耻和卑鄙！经过深思熟虑，他决定背水一战！

在元老院的法庭上，在一片激烈的指责和喧嚣声里，普利尼在开篇中慷慨激昂地举出了一则古老的罗马法格言："正义从未呼唤任何人揭露自己的犯罪！他有权保持沉默。"此语一出，法庭的喧嚣声立刻被制止住了。接着，精通罗马法和法理，同时也熟知罗马人习性和好恶的大雄辩家普利尼，用"公平正义"和"恶法非法"两大法宝开始了他长达三个小时的畅论。

他从"正义"和"公平"两个概念入手，他认为，所谓正义，是要求同样的事情，按照同样的规则来处理，而且这种规则应当能够适合于从皇帝到公民到乞丐的任何人，这是一切人与生俱来的本性，例如，人对于自由平等的要求、对天理人情的祈盼、对人格尊严的热爱，等等，这才叫"正义"。

他畅论了一番"礼尚往来"的人之常情，指出这是自然正义，是人生俱来的自然权利，无论是皇帝、官员还是公民都有私生活的权利，而罗马现行的禁止接收和接受与亲友交换礼品的法律，既违反了罗马人千百年的风俗习惯，也违反了人的自然本性和权利，违反了人性、人情，也就是违反了自然正义的法则和精神。同时，他义正词严地指出，指控一个官员是否犯有贪污受贿罪，主要的依据，不能看他是否收受过或与亲友交换过小礼品，而主要的是，要看他是否有利用过职

务职权之便利，去为亲友、他人或自己谋取过不法利益的行为。如果仅凭表面的现象而不考虑事情的实质，就去草率地定人以罪，那这样的法律就不是公平的法律，就不是善法，而是恶法。如果任由恶法泛滥，那么罗马的法律就将再无公平正义可言，那么庞大的罗马帝国就只能依靠军刀来维持。注

普利尼的雄辩征服了所有富有正义感的法官，最后，在经过6个小时的激烈辩护演说之后，普利尼的朋友巴索斯被宣告无罪。当精疲力尽的普利尼从元老院走出来的时候，罗马市民向他欢呼并投掷鲜花。由于普利尼的澎湃激昂的辩护和演说，不仅换回了一颗宝贵的头颅，而且也树立了一座千年以前人类法治史上的丰碑。

当时的罗马人对于律师职业是十分崇敬和钦羡的，很多年轻人都希望自己也能够成为受人尊敬的大律师。当时有一个极其特殊的民众法庭，这个法庭主要处理有关遗嘱纠纷的民事案件，这种法庭的法定名为“百人法庭”。前文已经提及的罗马著名大律师普利尼曾经这样记载了“百人法庭”的情形：

> “在那里的工作是疲劳大于愉快。……那里有很多鲁莽的年轻人。……他们到这里来就是为锻炼演讲能力的，……在开始从事律师职业以前，男孩子们都在‘百人法庭'里受过锻炼，就像自学校要从荷马学起一样。……在以前，即使是出身名门的年轻人，要从事律师职业也必须经过执政官那样有地位的人的推荐才行。而现在，一切差别都不存在了。现在的年轻人不等推荐就自行闯入了。”注

但是，罗马的律师（辩护者）一般都是有地位、有财产的阶层，他们为其朋友和被保护人在法律诉讼中做辩护，是无偿地将自己的才智奉献于这种“平等的艺术”。但是，辩护者也是通向荣誉和高官的最佳途径。但是，有一位律师在一宗案件的辩护中分别两次收受了当事人的钱。在元老院传讯他之后，元老院宽恕了他。但护民官在抗辩中

却认为，他的收钱的行为使这一职业蒙受耻辱并使这一职业变得可以收买。他辩称，过去，回报给辩护人的是荣誉，而现在他们却接受大笔的年薪。随后，护民官宣读了有关反对辩护者收取费用的法律。于是，刑事法官宣布，法庭中的各方都应宣誓未给付或答应给付辩护人费用。但在案件审理结束之后，可以允许一方付给辩护人一笔赏金，并且规定了金额的上限。正是受到罗马法此规定的影响，法国和英国至今也不允许律师为了费用问题提起诉讼。这是受到传统的罗马法律的影响。(注)

罗马是世界上律师制度的摇篮。这与其说是罗马人具有一种独特的法律天赋，毋宁说是罗马人社会发展的结果。

早期的罗马法律发展史就是一部平民争取政治权力的斗争史。经过长期斗争，平民得到一种权力：未经民众大会的投票表决，不能处死罗马公民。平民依法选出的护民官不但可以对元老院的行动行使否决权，同时，每位护民官对另一位护民官的决定也有否决权。古罗马的公民大会就是立法机构，元老院可以向公民大会提出某项立法。因此，在古罗马法律的出处是多元的，元老院、民众大会，以及通过其他方式都可以产生法律。富有斗争精神的古罗马平民一学会认字就就要求看到成文法律，于是，就有了《十二表法》供人们浏览阅读。由于《十二表法》的颁布，使得古罗马稳定了近200年，在此期间，罗马人不仅打败了劲敌迦太基人，而且还争夺到了西班牙、西西里和北非、马其顿、希腊，攻入了小亚细亚和叙利亚，征服了高卢，兼并了埃及，最终形成了幅员辽阔的罗马帝国。从此，罗马又成为了世界经济的首都，所有关于商业和贸易的法律也被制定出来，货币成为了交易的媒介，出现了银行家和货币兑换者。财产权、继承权、出让权、佃权、债权、物权等概念成为罗马人耳熟能详的词语。罗马法成为适用在这一由不同民族组成的世界中的一般性法律，罗马法庭也成为罗马文明体系中不可缺少的因素。但是，由于当时罗马法律的繁杂性、分散性和习惯性，需要有专门的人从事法律的解释和编纂工作，一开始这项工作时由祭司承担的，但是随着《十二表法》的公布，以及法

律逐步地世俗化，那些不是祭司的贵族也开始研究法律，祭司的位置和地位逐步地被通晓法律的专业人士所取代。并逐渐形成了法律顾问的职业阶层，他们以专门为人们提供法律咨询和服务为自己的职责。因为，罗马几乎所有的贵族都认为自己负有研究法律的责任。那些已经认字且具有一定才华的人，也开始挤入这个行业。因为，在古罗马的每一个部落都有依附于它的平民阶层，那些部落长对这些平民具有不可推卸的保护责任，代表他们并做他们的保护人。在罗马，每个出身高贵、有身份、有地位的人都为自己收罗了一些依附于他的平民。而那些有某种野心或企图、或一些纯粹的食客（如同中国春秋战国时期的门客）都想依附于保护人，以便受到保护人的庇护和提携。甚至一些外国人也在寻求保护人。而最有势力的保护人就是那些出名的雄辩家。因而，在罗马便产生了雄辩家阶层，他们为每位朋友和受保护者提供无偿服务。因为，当时的法律禁止服务收费。而罗马的程式化的司法程序和法庭的公众性，又为雄辩家们提供了良好的表演和施展其才华的舞台。

而正是律师阶层的出现，法律已不再是祭司的咒语和欺骗的工具，普通公民都能参与的法律职业阶层从此开始掌握法律的命运。因为，只要当事人在法庭上 的代言人是训练有素的律师，维护正义，坚持法治，就有了希望和保证。

所以，才会有智者一针见血地指出："法律的历史表明，没有职业律师阶层就不会有法治"。[注]

古罗马所出现的律师阶层，是罗马遗留给我们的最宝贵的文明遗产之一，也是人类法治文明发展历程中一座永恒的里程碑。从此，人类社会开始走进更加绚烂多姿的法治的春天。

---

1. 参见【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第201—202页。
2. 参见上书第203—204页。

3. 关于罗马的法律诉讼情况，可以参见谢邦宇：“罗马法院组织和司法制度”，载《国外法学》1982年第6期；【古罗马】盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第209—218页。

4. 程式诉讼的情况可以参见【古罗马】盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第222—234页。

5. 【古罗马】盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第224页。

6. 参见【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第275—277页。

7. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第99页。

8. 该故事参见【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第112—113页；余定宇：《寻找法律的印迹—从古埃及到美利坚》（修订·典藏版），法律出版社2010年第2版，第64—66页。

9. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第110页。

10. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第107—108页。

11. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第100页。

第五节
法学家的贡献

一、罗马的法学家群体

在意大利首都罗马市中心广场附近的那栋雄伟的罗马司法宫的大厅两侧，庄严肃穆地矗立着西塞罗、帕比尼安、乌尔比安、盖尤斯、保罗等一尊尊用大理石雕成的罗马法学家群像。这是当今世界上唯一一座拥有如此众多法学家群像的宫殿。这里也向人们展示了千年以前的罗马时代那辉煌的法治成就。这些被雕成塑像的罗马法学家，也似乎要向当代的人们诉说他们那辉煌的思想和非凡的成就。从世界历史上看，在一个时期的一个国家里，出现如此众多的著名的法学家群体，恐怕也只有罗马这个千年帝国。

在这里我把我尽可能找到的罗马法学家群体的名单汇集如下：

（一）公元前六世纪至公元前一世纪

布布里·帕披里乌斯（Papirius）、卡西乌斯（Cassius）、盖尤斯·特伦体利乌斯.阿尔萨（Gaius Terentilius Arsa）、阿皮劳.克劳狄多斯（Apius Claudius）、卡努莱乌斯（Canuleius）、阿庇·克劳迪·切克（Appio Claudio Cieco）、森布罗尼·索佛（Sempronius Sofo）、C.弗拉维乌斯（Cnaeus Flavius）、斯奇比奥·那西卡（C.Scipione Nasica）、库尹特·穆齐（Quinto Mucio）、阿奎利乌斯（Aquilius）、提比留·克伦卡尼（Tiberio Coruncanio）、辛西乌斯（M.Cincius Alimentus）、布布里·艾里·贝托（Publius Aelius Poetus）、布布里·艾

里（Publius Aelius）、L.阿西留斯（L.Acilius）、M.波修斯（M.Porcius）、赛斯特.阿埃利乌斯.伯图斯（Sextus Aelius Paetus）、波尔其·卡多（M. Porcio Catone）、卡多·李锡尼安（Catone Liciniano）、伊乌纽士（M.Lunius Brutus）、布布里·穆齐·斯凯沃拉（Publius Mucius Scaevola）、马尔库·鸠尼·布鲁图（Marcus Giunius Brutus）、马尔库·马尼留斯（Marcus Manilius）、布布里·鲁提里·鲁弗（Publio Rutilio Rufo）、奥罗·维尔吉尼（Aulo Virginio）、库尹特·艾里·杜贝罗（Quinto Elio Tuberone）、赛斯特·彭贝（Sesto Pompeio）、杰里·安迪巴特尔（Celio Antipater）、卢奇·克拉苏·穆齐安（P. Licinio Crasso Muciano）、库尹特·穆齐·斯凯沃拉（Quinto Mucio Scevola）、塞尔维·苏尔皮其·鲁服（Servius Sulpicius Rufus）、L.李锡尼乌斯（L.Lincinius Crassul）、阿奎里·加卢（Aquilio Gallo）、巴尔布·卢其里（Balbo Lucilio）、赛斯特·帕皮里（Sesto Papirio）、盖尤斯·尤文（C. Giuvenzio）、奥菲迪·那木萨（Aufidio Namusa）、奥卢·奥菲里（Aulo Ofilio）、阿尔芬·瓦罗（Alfeno Varo）、奥卢·卡谢里（Aulo Cascellio）、特雷巴蒂·得斯塔（Trebazio Testa）、库尹特·艾利·杜贝罗（Quinto Elio Tuberone）、科尔涅利乌斯（Cornelius Sylla）、特伦体乌斯·路库路斯（M. Terentius Lucullus）、阿奎利乌斯·加路斯（C.Aquilius Gallus）、G·弗拉库斯（Granius Flaccus）、阿尔费努斯·瓦鲁斯（Alfenus Varus）。

（二）公元一世纪至公元六世纪

C.阿特尤·卡必多（C.Ateio Capitone）、安第斯蒂·拉贝奥（M. Antistio Labeone）、M.C.内尔瓦（M.Caeccius Nerva）、凯西乌斯·内尔瓦（caeccius Nerva.）、S.普罗库勒、（S.Proculo）、马苏里·萨宾（Masurio Sabino）、盖尤斯·卡西·隆琴（Gaius Gassius Longinus）、杰里·萨宾（Celio Sabino）、雅沃伦·布里斯库（Giavoleno Prisco）、涅拉修·普利斯库斯（Neratius Priscus）、阿布尔尼·瓦伦特（Aburnio Valente）、克切伊·内尔瓦（M. Cocceio Nerva）、培特·尤文第·杰尔苏

（Pater Juventius Celsus）、内拉蒂·布利斯库（Nerazio Prisco）、阿利斯多（Aristone）、布里尼奥·乔万内（Plinio il Giovane）、阿布纽·瓦伦斯（Aburnius Valens）、萨尔维·尤里安（Salvius Julianus）、费留斯·杰尔苏（Filus Celsus）、赛斯特·凯其里·阿夫里坎（Sesto Cecilio Africano）、赛斯特·彭波尼（Sesto Pompoonio）、盖尤斯（Gaius）、L.乌尔比库·马塞切勒（L.Ulpio Marcelo）、Q.杰尔维迪·斯卡沃拉（Q.Cervidio Scevola）、艾米里·帕比尼安（Emilio Papiniano）、尤里·保罗（Giuliu Paolo）、多米第·乌尔比安（Domizio Ulpiano）、阿流斯·马尔西亚慕斯（Aelius Marciamus）、赫雷宁·莫德斯丁（Erennio Modestino）。

这里总共列举了76名法学家的名字，其中，公元前共48名，公元后共28名。在筛选的过程中，凡是不确定者或者找不到拉丁文全名者都没有选在其内。

这些人当中很多属于贵族家庭，因为，罗马几乎所有贵族都认为自己负有研究法律的责任。这与在罗马早期社会里，对习惯法的解释并对法律做出公开协商的工作最初都是由祭司承担有直接关系。这些祭司都是贵族，属于受祭司团头领控制的阶层，这些祭司团头领就是后来的教皇的前身。注在《十二表法》颁布后，由于法律的公开化和法律的世俗化之后，那些不是祭司的贵族才开始致力于法律的研究，自此祭司的位置逐渐被法律专业人士所取代，这些人开始对法律进行研究，并指导法律的实施和执行。最初这一法律职业被贵族所垄断，后来随着成文法的出现，开始逐步形成法律顾问，或者叫雄辩家这一阶层。而能够进入这一阶层的，也基本上都具有贵族背景。在上述所列举的法学家中，其中有很多人都担任过执政官或者高级官员，有的根本就是父子相传，更多的则是师生关系。比如，阿特尤·卡必多就曾获得过执政官的职位；卡西·隆琴其父辈是谋杀凯撒的主谋之一卡西的后代，其母系是塞尔维·苏尔皮其的后代，他担任过裁判官，公元30年曾担任执政官，公元40—41年，任亚细亚省执政官，公元47—49年任叙利亚特使。公元65年被罗马皇帝尼禄流放，因为尼禄发现卡西的祖

先中有人是杀死凯撒的凶手，后来他被维斯帕西安召回，不久就去世了。尤文第·杰尔苏是哈德良时代同名法学家费留斯· 杰尔苏的父亲。哈德良时代的萨尔维·尤里安，是雅沃伦·布里斯库的学生，赛斯特·凯其里·阿夫里坎是萨尔维·尤里安的弟子。赛维鲁时代的著名法学家尤里·保罗是安东尼时期法学家杰尔维迪·斯卡沃拉的学生。当然其中也有出身贫寒者，如奥古斯都时期的马苏里·萨宾，因地位贫寒，靠其弟子养活，被获准加入骑士阶层时已经50岁了。

但无论如何，罗马的法学家群体基本上是罗马时代社会精英的集合体。

二、罗马法学家的活动

（一）法学解释

罗马法学家大都来自于一些大的贵族家族，他们把解释法律当做公共社会的贡献。他们并不接受报酬，解释法律是他们生活中的一部分。他们既有学者的特点，又是实务工作者。他们一方面在著书立说，同时也在通过解释法律在影响着司法实践。他们指导裁判官如何拟定自己的告示，如何庭审，如何就案件作出判决，帮助裁判官起草文件和实施其他法律行为。但是，他们仅仅是法律或者法学方面的顾问，而不是直接参与具体案件的审理或者论说。他们对于法律的兴趣主要在于向人们解释法律的内容和真谛，给人以启发和指导。而解释法律的方法，可以是当面解说或者解释，也可以通过著述、撰文来对于法律予以解释和评论。而这些解释和评论就是最好的教科书和法学文献。现在我们看到的许多罗马法学家的论著，实质上都是对于当时法律的解释和评论。比如，我们前面提到过的安第斯蒂·拉贝奥撰写的《关于祭司法》和那部关于《十二表法》的评论，等都属于对于法律解释。保罗的26编《问题》、《论贵族营造司告示》等都是对于当时

法律文件的解释和对于在实践中遇到的法律问题的解释与评论。所以，从今天 的角度来看，对于法律的解释，也应当是法学家的义不容辞的工作之一。当然，对于法律解释的目的主要是为了法律实践的需要，而非要把简单的问题复杂化，甚至是一种炫耀和谄媚于某些政要或者组织。法律解释的目的应当是为了更好地体现法的精神和有利于法律的良好实施。

（二）解答问题

罗马法学家的另一个主要的工作是针对人们提出的问题发表意见。这些提出问题的人们既有裁判官，当然也有官员，但是，对于他们所提的问题的解答，究竟有多大的权威性和约束力？我们现在不是很清楚。因为，罗马的法律并未对法学家的解答的法律效力作出明确的规定。但是，从《学说汇纂》的一段论述中，哈德良时期的一位法学家赛斯特·彭波尼告诉我们一个事实：奥古斯都皇帝为了赋予法衣较大的权威，曾向某些法学家授予根据皇帝的权力做出解答的特权，这种做法被以后的皇帝所继承。奥古斯都之所以要确立法学家的权威，主要目的是为了让审判员在审判案件时援引经皇帝认可的权威法学家的论著，这些法学家既包括在世的，也包括不在世的，也不局限于法学家针对某些具体案件的解答，而是扩展至法学家所有的论述。而对于法学家论述对于同一个问题或者同一类问题可能出现的矛盾和不一致的情况，罗马帝国的历代皇帝都在试图解决这个问题。哈德良皇帝在一项批复中说，如果法学家的意见是一致的，它便具有法律效力；如果法学家的意见是不一致的，审判员可以自由选择任何一位法学家的意见。这实际上肯定了审判员所拥有的自由裁量权。但是，哈德良皇帝也曾经将这种权威授予了一位法学家——马苏里·萨宾。但是，到了公元426年，东罗马皇帝狄奥多西二世和西罗马皇帝瓦伦廷二世颁布了《学说印证法》，根据该法，盖尤斯与帕比尼安、乌尔比安、保罗、莫德斯丁五位法学家被一起列为罗马五大法学家，他们的著作被选作权威性文献，具体应用原则是：当他们的观点出现冲突时，应遵

循多数人的意见；如果持不同意见的人数量相等，帕比尼安的看法应取得优势；只有当持不同意见的人数相等，并且帕比尼安未发表过意见时，法官才能自己做出决定。这项法律还允许引证或援引上述五大法学家所参考过的其他法学家的论述，只要这样的引证或援引曾经在五大法学家的手稿中出现过，就可以被援用。但是，在皇帝具有独尊和绝对的权威的制度中，皇帝所表达的意愿不可避免地一律会被尊为法律。而且囿于当时查阅材料的难度以及当这些法学家群体逐渐消失后，在法律的援引和引证问题上，亦即罗马法学家解答权的法律效力，到了罗马帝国后期，应当是较之从前打了不小的折扣。因此，我认为，从438年在狄奥多西二世的支持下推出了《狄奥多西法典》之后，直至6世纪《查士丁尼法典》出炉，就已经表明罗马法学家的解答的权威性渐入衰微，而由皇帝直接介入颁布的诸部规模越来越宏大的法典，已经取代了法学家的解答权。如果从世界法治的发展历程看，这也不失为历史的一种进步。但是，无论如何，罗马法学家对于法律的解答所作出贡献是不可抹杀的，正是罗马法学家的这些解答法律的活动，才有力地推动了罗马法律及法学的迅速发展，《查士丁尼法典》所蕴含的巨大的成就，也是对罗马法学家群体所做出的贡献的无比肯定和延续。

（三）著述

罗马法学家们留给了人类极其丰富的宝贵的法学遗产。如果没有他们的艰辛而富有成就的伟大的工作，不仅不会有《查士丁尼法典》这样的法学巨著的出现，更不会有罗马法的复兴和当代法治的世界。

我们现在所看到的《学说汇纂》所保留下来的法学作品，仅仅是罗马法学家们的残存作品，其仅仅收入了至查士丁尼时期所仍然保存的所有罗马法学家所创作的一小部分文献。注

罗马法学家们的法学著作可以分为四大类：教科书、评论集、论著和专著。现在我们所能看到的唯一的一本比较完整的教材就是盖尤

斯的《法学阶梯》，其他的则只是保存下来的零碎材料，这些材料仅保存在《学说汇纂》和少量小型的文献汇编之中。我们所能看到的最主要的部分是评论集。关于各类告示的评论超过《学说汇纂》篇幅的三分之一，此外还有针对单项法律和元老院决议的评论，以及针对早期法学家著作的评论。而对于具体问题和个案分析的论著和专著，则也约占《学说汇纂》的三分之一。这些论著和专著包含了大量的问题，和其他法学家的见解和争论，以及作者自己的结论和见解。这些论著和专著，被认为是使罗马法得到丰富的内涵和构成罗马法的判例法。因为，罗马法学家们经常借助假设的问题来创建自己的体系。注

罗马法学家群体是一个对社会极富责任感，学识渊博，笔耕不辍，硕果累累的伟大的学者群体。奥古斯都时期的安第斯蒂·拉贝奥是个知识渊博的人，除了法学之外，他在文学和哲学方面都很有造诣。他写过400卷作品。他每年在罗马度过6个月，进行教学和解答工作，另外6个月则隐居在乡村进行写作。在他的著作中最著名的有：15编《关于祭司法》，一部关于《十二表法》的评论，《书信集》，《解答》、《皮塔那》（也是一部解答汇编），一部关于告示的大部头评论。他去世后发表的作品《遗作》（至少40编），其中《皮塔那》和《遗作》都被后世的《学说汇纂》的编纂者们所采用。安东尼时期的赛斯特·彭波尼，他撰写了35编《论萨宾》，39编《论库尹特·穆齐》，一部大约150编的评论《论告示》，41编《文献选丛》，20编《书信集》，还有一些专著，如：关于遗产信托的专著《手册》两编、《手册单编本》、《论规则单编本》、《普拉蒂》和《论阿里斯多》。

乌尔比安著有：81编《论告示》、2编《论贵族营造司告示》、5编《论萨宾》、2编《解答》、10编《争论》。莫德斯丁撰写过：12编《学说汇纂》、10编《规则》、9编《差别》、19编《解答》。

保罗可能是所有法学家中著述最丰者。他的主要著作有：78编《论告示》，16编《论萨宾》，26编《问题》，23编《解答》，还有总共为41编的四部对早期法学家著作的评论，以及一系列的对于法律

和单个制度评论的专著、皇帝裁决的汇编，12篇对单项法律和元老院决议的评论，以及50多部专著。其中最重要的有：《法学阶梯》、《规则》、5编本的《关于子的见解》，等等。

盖尤斯（Gaius）是一位生活在公元2世纪身世神秘的法学家。他的名字没有流传下来，盖尤斯只是个姓氏，当时罗马的很多市民通常使用一个罗马的姓氏，很多人都叫“盖尤斯”。人们对他的身世一直不甚了了。根据对他的论著的分析，人们普遍猜测他可能是罗马帝国西部的一位法学教师。盖尤斯生活的时代正是罗马法经历了由鼎盛时期逐渐走向平稳发展的阶段。[注]他以他的所撰写的著作《法学阶梯》而闻名，因为这部著作通俗易懂，他在行省开始为人瞩目，特别是在后古典时期，他成为《学说印证法》所列举的法学家之一。他的著作《法学阶梯》是极少的未经过《查士丁尼法典》的汇编而流传下来的名著。这部著作的重要性在于：

其一，它是唯一一部完整保存下来的由罗马人自己撰写的能够反映罗马法原貌的原始法学文献。因为，当年查士丁尼在编纂《学说汇纂》的时候，为了确保他的汇编具有无可置疑的权威性，他禁止在其汇编完后再以其他方式使用原始文献，以至于后来这些原始文献几乎全部消失。同时，查士丁尼还指示《学说汇纂》的编纂者对他们所使用的文献加以修改，以使之能够反映当时的法律。因此，通过《学说汇纂》我们看到的仅仅是那些罗马法学家著作的片段，并非作者的原本。虽然在罗马帝国的西部仍然残存着一些文献，但这些都是经过后来修改和简化的文献汇编。而这种修改和汇编完全是为了迎合当时统治者的需要和好恶，因而，它们已经完全失去了作为法学原始文献的价值。正因如此，在19世纪初之前人们不承认任何一部古典著作是按其本来面目保存下来的，直到1816年德国学者Niebuhr在保存于维罗纳教会图书馆则St. Jerome的文献底下发现了一位早期法学家的文献，它被证明为是盖尤斯为学生编写的教材《法学阶梯》，并且它还是查士丁尼《法学阶梯》的基础和蓝本。1933年，人们又在埃及发现了公元4

世纪末或者5世纪初的几页手稿，新发现的手稿填补了维罗纳手稿遗落的一段，还恢复了另一段中已经丢失的文字。[注]

其二，它使我们获得了大量关于罗马法体系以及罗马司法诉讼制度的基本情况。盖尤斯对繁杂的罗马私法体系进行了系统的和合理的梳理、归纳和排序。我们由此得知，罗马法由人法、物法和诉讼三大部分组成，围绕“人”这一中心，论述的是人的地位和能力、婚姻、家庭、监护等基本为题。围绕“物”这一中心，论述的物法关系、债法关系以及财产继承和转移等基本问题。围绕“诉讼”这一中心，论述的是各项与实体民事权利相对应的诉权以及相关的诉讼程序和制度。[注]特别是其保留的被后古典时期的作品以及查士丁尼法典汇编所忽略和湮没的关于法律诉讼和程式诉讼制度等的情况，就显得弥足珍贵和可信。

其三，它也证明了罗马古典法的确实存在性及其一些真实的情况，以区别于被后古典时代的编纂者、汇编者的篡改的内容。

盖尤斯是在安东尼·比乌去世（公元161年）后不久完成《法学阶梯》的，他在罗马学习过罗马法，他属于萨宾派，在《法学阶梯》中他经常提到自己的老师萨宾和卡西，而把普罗库勒派的人称为“另一派的学者”。他也很熟悉行省的法律，因为它撰写过一部评论《论行省告示》，而且他在行省中也广为人知。因此，有人认为，他可能是一位取得了罗马市民籍的行省法学家。[注]

他的著作除了《法学阶梯》之外，可能还有：评论集《论城市裁判官告示》、《论行省告示》、《贵族营造司告示》，以及一些专著，如《论遗产的信托》、《论抵押的方式》、《论解放奴隶》等。此外，还有一些通俗著作，如《规则三编》、《规则单行本》、《日常事务》等。[注]

盖尤斯的《法学阶梯》之所以能够被流传下来，应当归功于他的著作的普及度，以及其未经过查士丁尼汇编的途径流传下来。[注]这也

许是他的运气和天意。否则，我们就无法在今天看到这样一本弥足珍贵的原始的罗马法学文献了。但是，这里可能会有一个疑问，那就是：既然它是查士丁尼版的《法学阶梯》的基础和蓝本，那么，当时好大喜功的查士丁尼皇帝为什么没有在自己的《法学阶梯》颁布之后而将盖尤斯的《法学阶梯》付之一炬，以销毁自己涉嫌抄袭的证据呢？我认为，这可能与盖尤斯的《法学阶梯》在当时仅仅是一部带有教材特点的通俗作品而已，它仅仅在民间流传，并没有引起皇帝的关注，也就是没有进入这位皇帝的“法眼”。但是，最主要的原因是，盖尤斯的《法学阶梯》与查士丁尼的《法学阶梯》无论在体例和编纂思路及内容上有着以下明显的区别与不同：

其一，在关于法的一般部分和关于法的渊源的部分问题的区别；

其二，查士丁尼的《法学阶梯》取消了盖尤斯《法学阶梯》中十分广泛的关于外邦人之地位的论述，也取消了曾有过的拉丁人的特别范畴；

其三，查士丁尼的《法学阶梯》在家庭方面完成了一个统一地考虑所有的人的基本法律地位的重要步骤，而盖尤斯的《法学阶梯》则还没有达到这个境界。

其四，在监护和保佐方面查士丁尼的《法学阶梯》较之盖尤斯的《法学阶梯》做了众多的规范上的修正，例如关于对妇女的监护，等等。

其五，查士丁尼的《法学阶梯》废除了盖尤斯的《法学阶梯》中的已经不再使用的制度，比如，查士丁尼的《法学阶梯》废除了盖尤斯的《法学阶梯》中的物的要式转移物和非要式转移物的划分，以及为取得前一种物所必要的方式；

其六，在查士丁尼的《法学阶梯》中，有机地探讨了役权、用益权、使用权、居住权、对奴隶提供之服务的权利，而盖尤斯的《法学阶梯》则仅仅提出了一些概念和轮廓；

其七，在查士丁尼的《法学阶梯》中提出了著名的关于债的发生根据的四分法：契约、准契约、私犯和准私犯，它取代了盖尤斯的《法学阶梯》采用的两分法；

其八，盖尤斯的《法学阶梯》中记载了法律诉讼的历史以及对程式诉讼的细致的阐述，而在查士丁尼的《法学阶梯》中则消失了，仅仅在诉权的概念和分类上留下了许多痕迹；

其九，查士丁尼的《法学阶梯》的最后一题公诉，其属于新规定，在盖尤斯的《法学阶梯》中没有任何体现。(注)

但是，无论如何，查士丁尼《法学阶梯》之大部分的起源就在盖尤斯《法学阶梯》中！(注)即查士丁尼的《法学阶梯》来源于盖尤斯的《法学阶梯》。这个观点是被公认的。在当代学者的眼里，二者的关系是盖尤斯的《法学阶梯》可以被用来更好地理解查士丁尼的《法学阶梯》。二者在研究中起到的是相辅相成、互相印证的作用。这也是法学史上罕见的奇迹。

（四）传授学业

罗马法学家几乎都是法学知识和法律的传授者和教育家。每一个法学家都有自己的弟子和学生。而且，他们之间在学术上代代相传，在精神上息息相通。罗马法及其法学研究之所以能够在十几个世纪里（大约自公元前6世纪到公元6世纪）星火相传，长久不衰，历代法学家们孜孜不倦地培养的那些一代又一代的继承者的传承、延续的作用，是关键之因素。尤其是在罗马君主体制下形成的两大法学家的学派——萨宾学派和普罗库勒学派，起到了举足轻重的作用。两大学派各自都有自己的传承人，其思想和研究作风得以代代相传，星火不灭，客观上对于法律和法学的研究和进步起到了积极地推动和促进作用。在一个正常的社会中，学术派别的出现、培育及发展，对于学术的发展来说是至关重要的。

（五）参与政治

在罗马法学家群体中，很多人都担任过罗马重要的官职。这种情况主要开始于公元1世纪，即罗马进入帝国的时期。比如，阿特尤·卡必多曾获得过执政官的职位，卡西·隆琴担任过裁判官、执政官、省执政官和特使。雅沃伦·布里斯库也担任过执政官，相继指挥过两个军团，在不列颠担任过主要的司法官员，又成为上日耳曼、叙利亚和非洲的总督，后来他留在罗马担任图拉真皇帝枢密院的成员。他的弟子之一萨尔维·尤里安曾在哈德良皇帝时期掌管过国家的财政和军队的财政，担任过裁判官和执政官，随后还担任过下日耳曼、近西班牙和非洲的总督，在哈德良、安东尼·比乌、马可·奥勒留和卢奇·维鲁统治时期，是皇帝枢密院的成员。到了罗马帝国后期，很多法学家都是皇帝的顾问。担任官职的最大的优势就是能够了解和掌握立法及司法的最新动态，有条件充分地查阅和翻阅历史档案和法学著作，并且，可以利用自己的地位和职权，把自己的作品和思想保存或者流传下来。在罗马被流传下来的大部分法律文献是公元3世纪初期法学家的作品，这些法学家都与帝国权力中心有着比较紧密的联系。但是，这种状况对于学者来说也有不利的一面，那就是由于过近地接触到甚至逼近国家政治的核心，在专制时代和国家里，极易成为政治的牺牲品。被认为罗马法学家中的最伟大者——帕比尼安，就曾担任过皇帝文书处负责处理个人请愿部门的领导人，从公元203年到212年，他担任过皇帝的卫队长，但就在212年，他因为拒绝为卡拉卡拉皇帝谋杀其兄弟杰达皇帝的行为编造辩解理由而被处死。乌尔比安在亚历山大·赛维鲁统治时期担任过皇帝卫队长，而于公元223年被他自己的卫队杀死。

因此，在进入3世纪之后，随着罗马帝国专制和腐败程度的日益加重，罗马法学家的延续关系断绝了。在那个时期里，个人解释法律的余地没有了，即使是像帕比尼安、乌尔比安、保罗这样供职于皇帝身边的法学家，也同样失去了个人解释法律的权力。那时，皇帝就是法的渊源，法学家的位置已由皇帝文书处的无名民事勤杂吏所取代。自

此，罗马法学家逐渐地退出了罗马政治的核心，甚至沦落为了皇权的附庸和牺牲品。罗马法也就失去了其继续辉煌发展的机遇和空间。

到了公元4世纪的395年，罗马帝国终于被划分为东部和西部。又过了不到一个世纪，公元476年，西罗马帝国寿终正寝。一个曾经在军事、政治、法律、建筑、经济上创造了无限奇迹的地跨欧亚非三大洲的千年大帝国走到了它的尽头。这与罗马帝国后期由于政治的腐败（集中表现的是统治集团内部对于财富的贪婪，及其对于国家和民间财富的疯狂掠夺）而导致法律体系以及经济、贸易、金融和财政体系的崩溃，密切相关。这也表明，每当作为独立的学者群体的消失，也就意味着该政权衰败与灭亡的开始。

三、罗马法学家的贡献

罗马法实质上就是法学家创造的法。如果没有罗马法学家群体在200年间（公元1世纪到2世纪为罗马法学家活动鼎盛时期）的连续不断的积极的解释、解答、教授、著述等活动，就不会有罗马法辉煌的200年。罗马也不会为世界留下如此宝贵的法治遗产和财富。罗马法学家在理论研究、法律实践活动以及法律思想的创设方面都作出了非凡的贡献。

（一）理论研究方面的贡献

罗马法学家是一个具有独创性特征的学者群体。他们在法律的性质、分类等基本问题以及法律概念体系的建立等方面，都作出了卓越的贡献。

1.在法的基本理论方面

（1）提出了公法与私法的划分；

（2）提出了自然法、市民法与万民法的概念；

（3）总结出了罗马法的渊源为法律、平民会决议、元老院决议、君主谕令、有权发布告示者发布的告示以及法学家的解答，及其它们的基本概念和来源；

（4）提出了法律的概念；

（5）明确了人民与平民之概念及其不同；

（6）提出了人法的划分，以及自由人、解放自由人、异邦人、奴隶的概念及其划分。

2.在物法方面

（1）物法中的物的划分为公有物和私有物、有形物和无形物、要式物和略式物；

（2）提出了拟诉弃权、用益权、城市土地权、乡村土地权、通行权、引水权、建筑物加高权、防止遮挡邻居采光的限制加高权的概念和体系；

（3）提出了占有的概念及其划分，对于善意占有、恶意占有、代继承人的占有、时效取得、不公正的占有、时效收回、先占、转让权、添附、加工、通过他人取得、概括取得等法律概念进行了界定和适用解释；

（4）提出了支配权、夫权、财产权、所有、所有人等概念，并予以了界定和适用解释。

3.在债法方面

（1）提出了债的概念以及债的分类，提出债可分为：因契约而产生的债和因私犯而产生的债；

（2）将契约划分为：实物契约、口头契约、要式口约、无效的要式口约，提出并界定、解释了副缔约人、应保人、承保人、担保人、

债权誉账、合意契约、合伙、债的消灭、正式免除想象清偿、称铜式想象清偿、更新等概念及制度；

（3）提出并界定、解释了抢劫、盗窃、现行盗窃、非现行盗窃、查获盗窃、转移盗窃、拒认盗窃，以及非法损害、折断、侵辱等法律概念及制度。

4.在继承法方面

（1）划分了遗产继承的形式，把遗产继承划分为通过遗嘱的遗产继承和在无遗嘱的情况下的遗产继承。

（2）明确界定、解释了会前遗嘱、战前遗嘱、称铜式遗嘱、军人遗嘱、立遗嘱权、有效遗嘱、根据医嘱的遗产占有、违反遗嘱的遗产占有、遗嘱中止、遗嘱失效、胜诉的遗嘱占有、不胜诉的遗嘱占有、遗嘱的撤销、必要继承人、自家必要继承人、家外继承人、继承替补、未成年人的替补等法律概念；

（3）明确划分了遗赠的种类及其基本制度，将遗赠分为直接遗赠、间接遗赠、容受遗赠和先取遗赠；

（4）明确了无效遗赠的种类，即以惩罚名义实行的遗赠、向不特定人实行的遗赠；

（5）明确界定了遗产信托的基本概念及其与遗赠的区别；

（6）明确界定了自家继承人、宗亲属、族人、遗产占有、不胜诉的遗产占有、遗产买卖、对遗产继承的拟诉弃权等法律概念及其基本制度。

5.在诉讼法方面

（1）明确划分了诉讼的种类——对物之诉和对人之诉；

（2）界定了请求给付之诉、损害赔偿之诉、罚金之诉、混合之诉等概念；

（3）明确界定、解释了法律之诉、誓金之诉、要求审判员之诉、请求给付之诉、拘禁之诉、扣押之诉、程式诉讼的概念；

（4）详细总结、归纳和描述了法律之诉和程式之诉的基本概念、组成部分以及具体形式；

（5）对于程式诉讼的组成——请求原因、原告请求、分配裁判和判决程式，以及关于权利的程式、关于事实的程式、钱款估价、过分的要求、实行抵销的诉讼、实行扣除的诉讼、主人或家父责任之诉、船东之诉、人之诉、分配之诉、特有财产之诉、侵害之诉、诉讼代理、诉讼代表、代理人、监护人、保佐人、诉讼担保、永久诉权、暂时诉权、抗辩、诈欺抗辩、既定简约抗辩、恐吓抗辩、无限期抗辩、违反法律或元老院决议抗辩、已决案抗辩、经审判抗辩、诉讼分割抗辩、遗漏案件抗辩、答辩、再抗辩、再答辩、令状以及分类等具体的诉讼概念和制度予以了详细的研究和描述。

可见，当代法律和法学的基本概念体系早在2000年前的古罗马时期就已经基本建立了起来，尤其是在民法的基本概念体系和理论体系方面显现得就更为突出。所以历来就把罗马法作为私法的源泉和鼻祖。没有罗马法就没有后来乃至当今完备的私法（民法）体系。而在罗马时期，罗马法学家们所研究和提出、界定的法律概念和法的基础理论问题，实际上已经涵盖了民法、婚姻法、继承法、刑法（因私犯而产生之债中的部分内容实质上属于刑法范畴）、诉讼法等当代主要法学学科和法律部门的内容和范畴，所以人们称罗马法为万法之源绝不为过。这些成就的获得，自然离不开罗马法学家群体的持之以恒、代代相传的对于优秀学术传统的继承和发扬。

（二）法律实践方面的贡献

罗马人天生就具备良好的法律天赋，遵纪守法、严谨务实、好学上进、坚定勇敢是罗马人公认的品德和天生所具备的秉志。而这样的一个社会大环境，首先需要的就是法律与法学的繁荣，因此，那是一

个需要法律与法学的时代。生活在这样一个大环境里的罗马法学家们，除了从事法学研究之外，还参加大量的法律实践活动，如撰写法学论著、参与立法与司法活动、担任政府官员和皇帝顾问、担任律师、从事法学教育活动、培养谙熟法律的专门人才。

据当时法学家的记载，在罗马共和国时期，法学家们的法律实践活动可以归纳为：提供、协助、解答。所谓提供就是向请求人提供能够达到其目的的行动方案。所谓协助就是帮助当事人选择和采用有关的诉讼程式。所谓解答就是针对某一情况发表意见，因而比较具体地涉及对有争议的法律问题的解决。注

咨询也是法学家的工作之一。但这种咨询是公开和无偿的。前面说过，罗马的贵族把研究法律作为自己的义不容辞的职责。因此，对于他们来说，不知道如何应用法，是一种耻辱，因此，对法的精通已成为贵族阶层的一种荣耀和体面。这就使得贵族们以能够体面、完整地回答所有人的法律咨询，当做十分荣耀的事情。这也就造成了许多希望出人头地的人也纷纷加入到学习和研究法律的行列中来，并以自己也能回答别人的法律问题而自豪。因而，年轻人把法学家作为了自己追逐的目标和明星。他们追随着法学家，聆听他们的讲课、解说和演讲，并且主动作笔记，然后提出问题。这样的风气使得整个罗马洋溢着一股学习、讨论、研究法律和法学的热潮。

正是由于对于法律和法学的崇尚，从共和国后期开始，当时的法学家被允许创办私人法律学校，这些学校可以在社会上公开招收年轻人入学传授学业。到帝国后期，公元3世纪末到4世纪初，罗马帝国以皇帝谕令的形式下令将私立学校改为公立性质，设立了大量公立的法律学校。研习法律之风盛行一时，成为罗马帝国的一大特色。由此可见，罗马能够自共和国后期开始涌现出来大量的伟大的法学家，也就不足为怪了。同时我们也可以得出这样的一个结论，那就是：罗马出现这样的学法、用法、敬法的盛况，与罗马那些伟大的法学家的贡献密不可分。

这样的结果就使得罗马的崇尚法律和法学的空气极其浓厚，法学家一时成为了人们追逐的明星。可能世界上最早的追星族，就产生于此。由此可以推论，最初法学家们的著述活动可能就是从对于各种法律问题解答的编集开始的。

也正是在这样的崇法、敬法的氛围内，罗马法学家大胆地吸收了希腊哲学中的辨证方法，开始了真正的科学创作活动。根据罗马当时法学家的记载，罗马法学家布布里·穆齐、鸠尼·布鲁图和马尔库·马尼留奠定了市民法的基础；库尹特·穆齐·凯斯沃拉第一位系统地论述了市民法。这些法学家成为罗马法学新的发展阶段的标志。他们应用辨证的方法通过对具体案例的类推适用发展到了归规则的制定；又从这些规则发展到形成系统的体系。就这样，早期的谨小慎微的法学逐渐发展成为科学的法学。㊟

可见，法律和法学研究与法律实践是密不可分的。法学研究会促进法律的发展，与之相适应，法律实践的普及，则也会推动法学研究的进步。这是一个相辅相成的关系。罗马法学家留给我们的最可宝贵的遗产之一，就是有机地将法学研究和法律实践结合了起来。他们通过对于法律的解释、解答和咨询、教学等活动，促进了法学研究的发展，从而创立了一种新的法律研究与法律实践之间的互动关系和模式。这种互动关系和模式一直影响到今天。因此，罗马法学家群体在法律实践与法学研究的关系层面同样为人类作出了榜样，也为世界法治的发展做出了不可磨灭的贡献。

（三）法律思想的继承及创设方面的贡献

在对罗马法进行研究、实践的同时，罗马法学家也创设了精湛的法律思想。而他们法律思想的核心和最精华的部分就是他们的自然法思想。自然法思想是他们研究法律和和法学的理论和精神支柱，也是罗马法构建的思想支柱。此外，他们还创设了诸如国家和政体理论，以及实在法理论体系。这些理论都直接影响了中世纪以至于近代欧洲

法治的进程。关于这方面的论述，主要集中在本节的第四个问题之中。

四、罗马法学家的法律思想

（一）自然法思想

1.自然法思想的渊源

欧洲的自然法思想最初产生于古代希腊。自然法思想来源于创设于公元前6世纪的古代希腊的爱奥尼亚地区的米利都学派的最早的自然哲学的思想。它是前苏格拉底哲学的一个学派，被誉为是西方哲学的开创者。

米利都学派是由古代希腊的七贤之一泰勒斯（约公元前624—公元前547年）创建的。其后又经过泰勒斯的学生阿那克西曼德（约公元前610—公元前546年）和阿那克西曼德的学生阿那克西美尼（约公元前588年—公元前526年）的继承和发扬而成为影响至今的古代希腊的最早的自然哲学流派。

这三位欧洲思想的先哲，把宇宙的本原皆归结为自然事物和自然现象，因而，在他们的眼里，归根到底，人类赖以生存的大自然便是世界万物的本原。这些本原，既包括了水、气，也包括了经过水和气演变而来的火、冷、热、云、大地、石头等等自然事物及自然现象。因而，他们的哲学思想可以归纳为自然哲学的范畴，而且是自然哲学的鼻祖。自然哲学（philosophy of nature）就是指对自然的解释，其所要解决的根本问题就是人类对自然的性质、起源和发展变化的规律的认识。而这种规律就是一种“宇宙正义”，“宇宙正义”就是“神的法律”，也就是自然法。而人类作为自然的产物，当然也要受到“宇宙正义”（神的法律）的约束，因而，“正义”便应当是人类所必须遵守

的“神的法律”。所以，在公元前5世纪，古希腊的智者安提丰（Antiphon，约公元前480年—公元前410年）就提出，国家和实在法起源于契约，其基础是正义。这被认为是后世自然法思想的最早发端。注

亚里士多德则认为：“政治的公正，或者是自然的，或者是传统的。自然的公正对全体公民都有同一的效力，不管人们承认不承认。”因而，“出于自然的东西是不能变动的，对一切都有同等效力”。注在这里，亚里士多德已经明确地提出了自然公正的理念，亦即人的平等权利是自然赋予的，任何人都应当获得这种平等权利。这是自然法思想的最初表达。我们可以从中领悟到的一个十分重要的思想，那就是——公正来源于自然，它是神的法律——宇宙正义——自然法的天然产物，不是后天统治者或者其他什么人赐予的。伸而言之，正义、公正对于人类来说是自然赋予人类的天赋权利和理念，任何人、任何政权都无法人为地予以消灭或者湮灭。这与后来法国大革命时期颁布的《人权宣言》中所宣布的天赋人权理念一脉相承。

但真正对自然法理论进行系统全面阐述的还是创设于公元前4世纪古希腊的斯多葛学派。斯多葛学派是古希腊后期和罗马前期一个有重要影响的哲学学派。这一学派的创始人是芝诺（Zeno，公元前336—公元前264年）。由于该学派创立在雅典城一个名叫斯多葛的画廊，所以，该学派被命名为斯多葛学派或者画廊学派。斯多葛学派所阐发的自然法思想对于古罗马及西方各国法律思想的形成具有极其重要的影响。

斯多葛学派的基本精神紧紧围绕着人与自然关系，将自然、人和理性三位一体，系统地展开了其“与自然一致地生活”（“按照自然而生活”）的论证。其主要包含了以下内容：

其一，人具有与动物一样“自我保存、趋利避害”的自然本性，具有一切生命所必备的生存与生活的前提，因此，自保、自爱、自利是人与生俱来的自然权利；但人又是神的儿子，神把理性赋予了人，而

没有赋予其他造物，这就使人能够超越动物的局限性而获得独立、自由、平等、正义和善。

其二，在大自然中，人只是其中渺小的一部分，因此，人的生存不仅依附于自然，而且对自然负有神圣责任。在整体自然的横向结构中，人又必须与他人结成社会共同体，互相尊重和服务，这是由人的另一自然本性——群居所决定；人人又皆是神的儿女，因此不分民族、地域，不论等差亲疏及有无人伦关系，人人皆兄弟，人类一家，人人平等，人人皆是世界公民。

其三，辩证法是一种德性，认识论含有道德意义，为了确保人在实践中求得真正的善和正义，就必须成为一位辩证法训练有素的人。它把人行为分为正确和适当两类，前者是有德性的行为，后者是由于人的认知的局限性所造成的，因此，人须从理性出发，依时依地保留中性的适当行为。而适当恰恰体现了遵从自然之物，与自然和谐一致的生活状态。

斯多葛学派实质上已经提出了自然法的基础和内核，即："自然正义"不是依人依时而定的"相对主义"，它有一个终极、绝对不变的价值评判标准，这个标准不是人选择的，而是自然规定的，即人的行为伦理标准必须符合自然的规律。因此，这就使得"道德维度"成为自然法的伦理内核，使关于自然普遍规律的自然学成为其外在的基础，并以逻辑推理的方式来论证人与自然、个人与社会、城邦与世界的关系，使道德、良知、正义有一种普遍整体性的理性法则。这为罗马法学家和政治法律思想家们的立法、司法提供了思想基础。因此，难怪有人说罗马法学家都是斯多葛学派哲学家。[注]

源于斯多葛学派的自然法思想成为直接影响希腊至罗马时代法律与法学发展的重要思想，虽然，自欧洲中世纪以来希腊思想逐渐消沉于世，但是斯多葛学派所创设的自然法思想仍然在人类历史上被多次复兴，并且成为欧洲文艺复兴乃至近代资产阶级革命与政治法律制度最终确立的最重要的思想渊源之一。

2.古罗马时代的自然法思想理论

出身于骑士家庭、生于罗马共和国末期著名的政治家、思想家马尔库斯·图里乌斯·西赛罗（Cocero Marcus Tullius，公元前106—公元前43年），尽管他的政治生涯带有悲剧性（因在凯撒被刺杀后发表演说抨击安东尼，被后者杀死），但是，作为伟大的法哲学家，他继承并弘扬了古希腊斯多葛哲学学派的自然法思想，对于自然法的定义、性质、特征以及自然法与人定法的关系等关键性的理论问题作出了高屋建瓴的论述和界定，为后世欧洲自然法思想的发展提供了基础理论体系。

（1）自然法的定义

从斯多葛哲学出发，西塞罗认为：

> “我们所谓的人，是具有预见性、灵敏性、综合力、激智力，是富有记忆力、充分的理性和深谋远虑的动物。……因为人事如此众多的各种各样的活的生命当中唯一获得一种理性和思维的生命，而且其余所有的生命都为人所剥夺了。……理性只有当它充分发展和尽善尽美的时候，才能真正称做为智慧，由于无其他之物比理性更美好，并且由于它存在于人和上帝两者之中，所以人和上帝的第一份共同的财富就是理性。共同具有理性的人也必然共同具有正当的理性。因为正当的理性就是法，所以我们必然与上帝共同具有法。共享法的人也必共享正义。……现在，我们可以设想把整个宇宙看成为上帝和人两者共为成员的一个国家。”[注]

可见，西塞罗认为，世界是上帝和人类共有的社会，上帝和人类共同拥有理性，因而他们之间存在着法的共同性。因而法源于自然，而自然是理性的，从而法与理性也是不可分离的。真正的理性，“才能使我们超越禽兽的水平，才能使我们进行推理、证明与反证、讨论与解决，直至获得结论”。[注]而自然是正义的本源，正义也是自然固有

的性质；[注]而自然当然也是法本源，而法与理性又是不可分离的。因此，无论是正义还是法都来源于自然，自然法即正确理性的体现，自然法也体现了正义。因此，在西塞罗看来：

> “真正的法是与自然契合的正确理性，投射到一切人身上；它连续而不变，召唤者人们依据它的规则来尽自己的义务，并通过它的禁令使人们疏离错误；对正直的人来说，它的要求和禁令就全不起作用。对于真正的法，其神圣性不可能被贬损，其合法性不可能被扭曲，其效力不可能被废止；我们不能通过元老院抑或公民大会的命令来驱除它；我们无须诉诸任何人来确定和解释它；若是真正的法，就不会在罗马一个样而在雅典另一个样，或者明日之法与今日之法有所不同；它是唯一而一同的法，永恒而不可改变，约束所有时代的所有民族；它是神所设计、解释和颁布的，神赋予它唯一而普适的统治者的地位，让它规制万事万物；对永恒的法的违反即对人自己以及人的本性的违背，因此，谁若违背了它，哪怕他逃避了对他的行为作出的其他相应的惩罚，也将受到最严厉的处罚。”[注]

如果用简单的一句话来界定的话，所谓法即是与自然契合的正确理性。所以，真正的法当然是自然法，自然法是正确理性的体现。

（2）自然法的性质[注]

由上述定义可以推导出自然法的性质：

其一，自然法是理性的体现，是正确的理性。

其二，自然法源于自然。

其三，自然法是普遍存在、永恒不变的。

其四，自然法具有至上性。

（3）自然法与人定法的关系

西塞罗认为：

“法是最高的理性，并且它固植于支配应该做的行为和禁止不应该做的行为的自然之中。当这种最高的理性，在人类的理智中稳固地确定和充分地发展了时候，就是法。所以，他们认定法就是理智，支配正当行为和禁止错误行为就是法的自然的职能。他们认为法的这种性质，在希腊是从每一个人自身假定的概念中取得法的名称的，而在我们的语言中，我认为法是选择的概念而得名的。因为，我们把公平这一概念归因于法这个词，所以我们给予法以选择的名称。其实严格说来假定的概念和选择的概念都属于法。现在，如同一般的我所认定的一样，如果定义是正确的话，那末正义的起源就会在法中找到，因为法是一种自然的权力，是理智的人的精神和理性，是衡量正义于非正义的标准。但是，由于我们的全部讨论是运用一般人的推理方式进行的，有时就需要用通俗的方式来表述，那就是在成文形式的法令中，凡是用支配或者禁止来表示的就称为法。……在确定什么是正义的时候，让我们从现在的成文法或从国家以前就有了起始年代的最高的法律入手。”注

从此可以看出，西塞罗所认识的自然法与人定法的关系是：

其一，人定法是命令或规则。

其二，人定法是衡量正义和非正义的尺度。

其三，人定法的内容和效力来源于自然法，法是一种自然的权力。

其四，自然法是最高的理性，代表着最高的智慧。

其五，人定法受自然法的指导，同时，不能改变自然法。

其六，自然法是最高法。

这就是西塞罗对于法的大众化的解释。

（二）国家和政体观念

1.国家的定义

西塞罗曾经给国家下了一个明确的定义：

> “国家乃人民之事业，但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而是许多人基于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。这种联合的首要原因主要不在于人的软弱性，而在于人的某种天生的聚合性。”(注)

在这里，西塞罗并没有像古希腊的智者安提丰提出的那样，认为国家起源于契约，而是强调国家的起源是基于人民的共同需要、共同利益和共同法律而设定的，国家是基于人的自然本性和需要才建立的一个共同体。这与他的自然法思想相一致。

2.政体理论

在政体方面，西塞罗沿袭了亚里士多德的思想，把政体分为君主政体、贵族政体和民主政体。首先，他对这三种政体进行了界定。如果政府处于一人的支配之下，为君主政体；如果政府处于少数几个人的支配之下，为贵族政体；如果政府受人人民的直接参与和支配，为民主政体。与他前人不同的是，他又逐一地分析了这三种政体存在着的内在缺陷：

> 在君主政体中，其他人被排除在公共立法和协议之外，即便有一个明智的皇帝，他仅凭着一个人的意志和权力对国家进行管理，而广大人民被排斥在政治权力之外；在贵族政体中，虽然由一些选举出来的公民治理，但人民未必能享受到自由，他们仍然被剥夺了参与任何公共事务的可能性，他们在某种程度上，仍然类似于奴隶状态；在民主政体中，虽然一切按照人民的意愿进行治理，但公平

的本身仍然是不公平的，因为，在那里不存在荣誉和地位上的差别，因此，他们的国家也不能保住自己的荣耀。[注]

他还认为，这三种政体除了其固有的缺陷外，还总会处于不稳定状态，容易变化为其他政体，这种使政体经常产生变更和交替的情况，也难以实现共同体的目的。政体变化的一般顺序是：君主制、暴君统治、贵族政体、寡头统治、民主制、平民统治。平民政府之后又会回到君主政体。因此，他对这三种政体中的哪一种都不赞赏，他认为，这三种政体的混合体比它们每种都好。[注]在这个混合体中，包括君主、元老院、人民大会和保民官等机构，他们各自掌管一定的事务，从而使他们之间保持一种权力均衡的局势。在他看来，只有“有节制、和谐的国家体制可以通过法权的适当分配来维持”。[注]

他对于国家政体的具体设想是：[注]

首先，国家要有依照法律对人民进行统治的执政官。执政官由法律统治，执政官统治人民，执政官是会说话的法律，而法律乃是不会说话的执政官。因为，没有执政官的精明和谨慎的管理，国家不可能存在。但是，法律必须规定，不仅公民对执政官要服从和尽职，而且执政官同时要热爱人民。统治者应当是公正的，而公民也应当安分守己地服从他。

第二，对于谋反和犯罪的公民，执政官应采取罚金、关押或者鞭挞等强制手段，除非地位相等者、或高一级官吏、或人民才能制止他行使这些权力。在执政官无论宣布死刑或者罚金的判决之后，都必须把这些罚金或者其他刑罚的最后判决，在人民面前进行公审。但对于正在指挥作战的指挥官所发布的命令，不应上诉，因为正在指挥作战时的命令应该是有效的和有约束力的。

第三，应委派具有部分权力的行政官担任专门的职务。在军队里，他们应指挥高于他们地位的人，并且是他们的护民官；在城市

里，他们有货币管理权、禁闭罪犯权、执行死刑权、铸造货币权、决定诉讼权、执行元老院颁布的法令权。

第四，国家应设置营造司，他们有管理城市市场、公共娱乐设施权。

第五，监察官制作公民统计册；主管城市里的神庙、街道和沟渠；负责登记征募骑兵和步兵；管理人民的道德行为；监督避免元老院的人选中混进犯罪的人。

第六，法官负责裁定或指导民事判决。设置多名司法执政官，具有同等权力，由元老院任命或由人民选举产生。

第七，选举10名护民官，以保护平民不受暴力侵犯。

第八，元老院由曾经担任过行政官的人组成；元老院的命令就是法律。

第九，执政官、军事执政官、骑兵指挥官、元老院任命主持执政官选举的官员有权主持民众大会和元老院会议；护民官也应有权主持元老院，并且有权向元老院提交法案。

第十，执政官的总数为两名，任期为五年；一般行政官员任期为一年；监察官的职位不能有空缺；任何人不应连任同一官职，除非隔十年以后方可；他们应根据法律遵守年龄限制，不能实行终身制。

西塞罗所设想的国家政体结构，其根本目的是为了形成国家权力的制约与制衡。西塞罗在谈到自己所设计的国家政体的目的时说到：“因为这个方案是使国家权力均衡的模式。”“这种最明智和最公正的权力均衡体制早已经由我们自己的祖先设计出来了”。[注]所以，有学者认为，西塞罗的这种国家权力制衡的思想已经让人们看到了宪政和法治的雏形，对后来三权分立政体的建立也有深远的影响。[注]

（三）实在法思想体系

1.法的概念

在罗马，出现了两种关于“法”的用法，一是lex，一般译为法律；一是jus，一般译为正义、权利。这里的lex是指由国王和平民会议所制定的法律；而jus一般解释为依权力而产生的法律，也有诉讼程序、法庭等词义。

罗马法学家把法与正义、理性紧密联系起来。他们认为：“法律是所有人的共同规范；是智者们的决定；是对有意或因无知而实施的犯罪的处罚；是整个共和国民众的共同协议。”[注]西塞罗认为：“法是一种自然的权力，是理智的人的精神和理性，是衡量正义于非正义的标准。”[注]

罗马法学家也给法学下了定义，即：“法学是对神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学。”[注]此定义深刻地影响了后世西方法学的发展。

2.法的分类

罗马法学家根据法的调整对象和价值取向，把法划分为公法与私法；根据法的效力位阶和适用范围，把法划分为自然法、万民法与市民法；根据法的保护对象和标准，把法划分为人法、物法与诉讼法；根据法的表现形式划分为成文法与不成文法。对法的这样的划分，对后世的立法、司法和法学研究具有深远的意义。公法与私法的划分促成了欧洲大陆各国大陆法系（民法体系）的形成；自然法、万民法和市民法的划分，影响了后世国际法的出现；人法、物法与诉讼法的划分，直接影响了《法国民法典》和部分大陆法系国家民法的体系结构；成文法与不成文法的划分，不仅使后世出现了以不成文法为其基本特质的英美法系，而且也奠定了后世法学理论研究和法学教学中对于不同法系的分类的标准和方法。

（四）法治原则

在西塞罗的法律思想里，已经开始显现出西方后世一些法治原则和思想的影子，他的某些理论甚至被认为是中世纪以后西方法治原则的源头。

1.平等原则

他提出："世界上没有任何东西能彼此如此相似，有如人人之间者。若非恶习惯及错误信仰使意志薄弱的人们陷入歧途的话，人与人之间的相似正如一个人和自己的相似一样，这样我们才有可能给人下一个单一的应适用于一切人的定义。这就充分证明，人与人之间在这类上是没有差别的；如果有差别的话，那么一个人的定义就不可能适用于一切人的定义。"[注]由此可以推出的结论就是：一个国家的公民在权利方面应该是相互平等的。这是西方后世法治社会中人人权利平等的理论源头。

2.法律至上原则

西塞罗指出："一个执政官的职责就是依照法律对人民进行统治，并给予正当的和有益的指导。因为法律统治执政官，所以执政官统治人民，并且我们真正可以说，执政官乃是会说话的法律，而法律乃是不会说话的执政官。"[注]这是法律至上，一切都应处于法律的作用之下的思想来源。

3.守法原则

西塞罗认为："我们不仅要告诉执政官有关他们的行政权限，我们也要教育公民按照他们的义务范围去服从执政官。因为胜任统治的人在过去一定是服从他人而且恭顺地服从他人统治的人，尔后某时显露头角而当上统治者。所以，服从者应该有希望在未来当统治者；而统治者应该记住人们服从自己只是暂时的。正如查伦达斯在他的法律中所规定的，我们必须规定不仅公民对执政官要服从和尽职，而且执政官同时要热爱和尊敬人民。"因而，"统治者应当是公正的，而公民应当安分守己地服从他们"。[注]在这里西塞罗已经明确地提出了守法的

重要性。而且这种守法不仅是人民是义务，也是统治者的义务和责任，人民服从统治者统治的前提是统治者要热爱和尊敬人民。这是一个互相尊重和协作的关系，而非被动的、强迫和强制的关系。这是一个明智的统治者必须遵守的规律。

4.审判公开和罪刑相适应原则

西塞罗指出，统治者对于犯罪的公民应该采取罚金、关押或者鞭挞等强制手段，但这些判决都应当在人民面前进行公审；而且，“对于违反任何法律的惩罚应与犯法行为相符合”。(注)在这里已经明确地提出了坚持审判公开和罪刑相适应的原则。

（五）古代罗马法律思想的特点

1.自然法思想是罗马政治法律思想的源泉

罗马法学家们成功地继承并发扬了希腊时期斯多葛学派的理论，使自然法思想成为了罗马政治法律思想的源泉。正如19世纪英国著名的法律史学家、历史法学派在英国的代表人物、晚期历史法学派的集大成者亨利·梅因所说的那样：“从整体上讲，罗马人在法律改进方面，当受到自然法的理论的刺激时，就发生了惊人的进步”。他认为，是自然法思想给予了罗马人灵感和刺激，才使他们创造出与众不同的优秀成果。(注)

2.具有鲜明的实用性

古罗马法的法律思想并不局限于学者单纯的思辨活动，而是指导罗马法律实践的实用理论，是古罗马立法、司法的指导思想，也是古罗马从事政治活动的依据。因为，这些法学家中的绝大部分人都是罗马政治活动及立法、司法的直接参与者与制定、实施者。只有与实践相结合的理论，才是真正经得起实践检验的理论。

3.成就了罗马法，为私法体系的成熟与发展奠定了法哲学的基础

罗马法学家的法律思想，不仅成就了罗马法的成型与成熟，而且他们所创立起来的私法法学传统，造就了一个千载相传的私法学术体系，为世界法治的发展做出了不朽的功绩。

五、罗马法的精神

在中国，有关罗马法精神的相关论文，已经达到近500篇。有学者将罗马法的精神归结为自然法精神、私法精神和理性精神，[注]有人将罗马法精神总结为自然法精神、私法自治精神和契约自由精神，[注]有的学者将其概括为法治观、私法观、权利观，[注]还有的学者将其概括为私法本位、自然法思想、契约自由及所有权观念，[注]等等，但是，无论如何论述，自然法精神、私法精神、契约精神和理性精神，是大家对于罗马法精神比较一致的看法。

但是，我认为，对于罗马法所蕴含的丰富的精神内涵，不是用一句话或者几句话可以概括完整的。我们至少可以从三个层面来说明这个问题。

首先，我们可以总结出的第一个层面，即罗马法的创立者罗马法学家们的精神——创新、务实、勤勉、传承、敬业、正义感、开放和理性。

其次，我们可以总结出第二个层面，即罗马法的基本特征——体系完备、注重实用、追求科学、体现完美。

再次，在上述总结的基础之上，我们可以从罗马法体系及其法律思想体系中总结出第三个层面，即罗马法所蕴含的基本的精神——尊崇法律、崇尚自由、珍视平等、尊重私权、提倡理性。

这就是我对于罗马法及其法学家群体的整体的认识和评价。

六、罗马法复兴对后世法律的影响

罗马法对后世法律制度的发展影响是很大的，尤其是对欧洲大陆的法律制度影响更为直接。主要体现在：

一是正是在全面继承罗马法的基础上，形成了当今世界两大法系之一的大陆法系，亦称为罗马法系或者民法法系。

二是罗马法的有关私法体系，被西欧大陆资产阶级民事立法成功地借鉴与发展。出现了以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的法典化运动，而这次规模宏大的法典化运动，正是建立在对罗马法的继承和发展的基础之上。而且，法、德两国的民法体系，又为荷兰、西班牙、意大利、比利时、卢森堡、瑞士、丹麦、埃及、南非、日本、巴西等众多国家直接或间接地加以仿效和发展。

三是罗马法中许多原则和制度，也被近代以来的欧洲各国所采用，如公民在私法范围内权利平等原则、契约自由原则以及权利主体中的法人制度等。

四是罗马法所确定的法律与法学的概念、术语，结构严谨、注重逻辑性、言简意赅的立法技术和水平，法学理论论著所表现出来的立论清晰、言简意赅、学理精深的学术研究风格，直接影响了后世法律及法学的发展路程及方向。

---

1. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第107页。
2. 参见【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第31页。
3. 参见【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第32页。
4. 【古罗马】盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，前言。

5. 参见【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第33页。

6. 【古罗马】盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，前言。

7. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第269页。

8. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第270页。

9. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第269页。

10. 参见【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第一版序言。在此我对此问题不想做具体论述，有兴趣的读者可以阅读该序言之全文。

11. 参见【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第一版序言。

12. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第198页。

13. 【意大利】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年修订版，第198页。

14. 周春生等：《欧洲文艺复兴史—法学卷》，人民出版社2010年版，第6页。

15. 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版，第102页、第103页。

16. 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2010年版，第28页。

17. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第66页。

18. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第68页。

19. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第68页。

20. 【爱尔兰】约翰·莫里斯·凯利：《西方法律思想史》，法律出版社2010年版，第51页。

21. 关于自然法的性质问题，读者可具体参见徐爱国、李桂林：《西到法律思想史》，北京大学出版社2014年第3版。第36—37页。笔者在此不再展开赘述。

22. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第64页。

23. 【古罗马】西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第220—221页。

24. 【古罗马】西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第41—42页。

25. 【古罗马】西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第48页。

26. 【古罗马】西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第270页。

27. 西塞罗对于国家政体的具体设想的内容，参见法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第79—83页。

28. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第83页和第84页。

29. 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2010年版，第59—60页。

30. 【意大利】桑德罗·斯奇巴尼：《民法大全选译·正义和法》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第54页。转引自严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2010年版，第62页。

31. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第64页。

32. 【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第11页。

33. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第66页。

34. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第79页。

35. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第80页。

36. 法学教材编辑部《西方法律思想史编写组》编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第80—81页和第83页。

37. 【英】亨利·梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1988年版，第45页。

38. 江平："罗马法精神在中国的复兴"，载《中国法学》1995年第1期；付建平、谢荣国："罗马法精神及其现代意义"，载《南昌高专学报》 2001年2期。

39. 张怡：“罗马法的精神”，载《魅力中国》2010年第29期。
40. 冯卓慧：“罗马法精神与社会主义市场经济”，载《法律科学-西北政法学院学报》1997年2期。
41. 郭敬涛：“罗马法的精神”，载《法制与社会》 2008年第13期。

本章结论

古代罗马在留给后人的文化遗产中，除了辉煌的战功之外，也创造了不朽的文明，这其中就包括宏伟的古罗马建筑文明，这是它留给后人的永恒的文明成果。

古罗马人沿习亚平宁半岛上伊特鲁里亚人的建筑技术，继承古希腊建筑成就，在建筑形制、技术和艺术方面广泛创新的一种建筑风格。古罗马建筑在公元一到三世纪为极盛时期，达到西方古代建筑的高峰。

古罗马建筑的类型很多，有罗马万神庙、维纳斯和罗马庙，以及巴尔贝克太阳神庙等宗教建筑，也有皇宫、剧场角斗场、浴场以及广场和巴西利卡（长方形会堂）等公共建筑。居住建筑有内庭式住宅、内庭式与围柱式院相结合的住宅，还有四、五层公寓式住宅。

古罗马世俗建筑的形制相当成熟，与功能结合得很好。例如，罗马帝国各地的大型剧场，观众席平面呈半圆形，逐排升起，以纵过道为主、横过道为辅。观众按票号从不同的入口、楼梯，到达各区座位。人流不交叉，聚散方便。舞台高起，前有乐池，后面是化妆楼，化妆楼的立面便是舞台的背景，两端向前凸出，形成台口的雏形，已与现代大型演出性建筑物的基本形制相似。古罗马多层公寓常用标准单元。一些公寓底层设商店，楼上住户有阳台。这种形制同现代公寓也大体相似。从剧场、角斗场、浴场和公寓等形制来看，当时建筑设计这门技术科学已经相当发达。古罗马建筑师维特鲁威写的《建筑十书》就是这门科学的总结。

古罗马建筑能满足各种复杂的功能要求，主要依靠水平很高的拱券结构，获得宽阔的内部空间。巴拉丁山上的弗莱维王朝宫殿主厅的

筒形拱，跨度达29.3米。万神庙穹顶的直径是43.3米。公元1世纪中叶，出观了十字拱，它覆盖方形的建筑空间，把拱顶的重量集中到四角的墩子上，无需连续的承重墙，空间因此更为开敞。

也许是精湛的建筑艺术激发了罗马人在构建框架、结构和体系方面的特殊才能，在法治方面，他们同样构建起了一座宏伟的大厦。除了共和国时期的公元前449年颁布的《十二表法》之外，在公元6世纪颁布的《国法大全》则更是罗马奉献给人类的巨大的政治、法律财富。这个财富是引导人类走向更加辉煌、灿烂的法治文明的一个伟大的里程碑。因此，罗马法一直被认为是西方近代法律的先驱。查士丁尼宣告了古代世界的结束，在他的统治时期，罗马法第二次登上了其发展的顶峰。”他在古代世界正在解体之时，成功地采用一种能够保留下来的形式将罗马文献汇集在一起。”[注]

古希腊和古罗马的法治文明史至少告诉我们这样的事实：

> 早在希腊的史前时代，由于希腊所处的特殊的地理位置，它就已经以商贸和航运业作为其主要的生活方式，而正是这种生活方式，成就了古代希腊文明所特有的地位——欧洲蓝色（海洋）文明的摇篮，也就是在这种文明的氛围内造就了希腊式的法治文明。又由于希腊地区是欧洲最早的人类文明的发祥地，因而，古希腊的政制文明也就成为了欧洲政制文明的前驱和摇篮。而古代罗马所创立的以私法为核心的法律体系，则又成为了欧洲法律文明的摇篮。而两者的不同在于：如果说雅典式的政制文明是欧洲现代各国政治体制的滥觞，那么，罗马式的法律文明，则是欧洲现代各国法律文明体系的摇篮。正是这二者的结合，才构成了当今世界欧美地区的法治文明。

---

1. 【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第42页。

第五章

爱的律法

第一节
宗教与法律

一、宗教与法律的联系及区别

宗教这个词在中国出现首先来源于印度的佛教，基本含义是指佛教的教理。该词的另一个来源是拉丁文religio，其本意是指虔诚、对神的敬畏和景仰、敬神的礼仪、神圣性、圣地、圣物等。但何为宗教，站在不同的视角，会给出不同的界说。一般认为，宗教作为一种社会化的客观存在具有一些基本要素，一类是宗教的内在要素，如宗教的观念与思想，宗教的感情或体验；另一类是宗教的外在因素，如宗教的行为与活动，宗教的组织和制度。一个比较完整成型的宗教应当是上述内外四因素的综合。这四种因素是相互伴生、相互制约的，不过，处于基础层面的是宗教观念。不过一般认为中国的成文法并非源于任何神的意旨。㊟

在当今世界的70亿人口中，有宗教信徒40亿人。可见在当今世界上，宗教不仅是一种社会意识形态，而且它又是一支不可忽视的社会力量。宗教在许多国家的政治生活和精神生活中，发挥着强大的作用。宗教在现今社会和人类生活中有着不可忽视的影响力。宗教是人类一种重要的而且历史悠久的文化意识形态，研究宗教对于了解人类自身有着深远的意义。尤其是对于宗教法制的研究，是中国法学界的一个盲点。本书从探究人类法治起源的出发点出发设专章研究宗教法（教会法），试图揭示出宗教法在西方现代法治起源过程中所起到的作用，及其与西方现代法治之间的关系，以弥补中国法学界在此方面研究的不足。

出于对于全书的篇幅和对当代法治社会的影响力的考虑，本书将论述的重点放在基督教法制的研究上，试图通过探究西方当代法治与宗教法制之间所存在的联系，从而揭示出在现代西方法治的起源及发展的过程中基督教法制所起到的作用，及其对西方法治历程的影响。笔者认为，在西方法治的起源和发展的过程中，宗教法起到了不可忽视的巨大作用。可以毫不夸张地说，现代西方的法治现状，与基督教法制有着极其紧密的联系，甚至可以说，现代西方法治现状就是对中世纪以来的基督教法制及其法学研究成果的扬弃、继承及发展的结果；没有中世纪以来的基督教法制的发展及其法学研究的成果，就没有我们所看到的西方法治的今天。基督教法制及其法学研究成果是现代西方法治的重要源头之一。

（一）法律与宗教在起源上的不可分性

从历史的角度来看，宗教产生先于法律。宗教产生于人类对世界的认知和判断，是一种纯主观的意识形态，而法律产生于社会之间的关系相互调整或统治者的法令，更具有现实性。在法律形成过程中，不可避免地受到包括宗教在内的社会认知和道德的影响。

在法律产生的早期，法律吸收了较多宗教规范的内容。宗教规范是由一定的宗教团体制定的或者是在长期的宗教活动中形成和完善的，它是适用于宗教团体的内部行为规则，它一般规定宗教信仰的基本原则、宗教组织的基本机构、神职人员和普通信徒之间在宗教生活中的基本权利与义务、违反教规的惩罚措施等。而部分宗教规范，由于其符合了社会生活的调整规律，所以后来便被世俗的法律所吸纳，演化成为了王权制定的法律内容。历史事实表明，许多人类早期的成文法几乎都是借助一个神或诸神启示的宗教形式表达出来的。如在载有《汉姆拉比法典》的石柱上，浮雕图案表明，汉姆拉比是接受了正义之神沙马什的神圣使命而制定法律的。而摩奴法、摩西法传说中都认为它们源于神授。而柏拉图、西塞罗等古代著名思想家都将世俗国

家制定的法律视为上帝的意旨在思想上，法律吸纳了宗教中的自然法思想。自然法思想甚至认为，法律必须与正义紧密相连，而正义观念往往受宗教的影响。西方学界一般认为，国家成文法分为两种，一种是由上帝直接颁布，或由天启而来的神律，一种是人们通过自身的信仰和理性，发掘并表达良心而得到的人律，包括教规和民法。宗教教规中所包含的许多自然法的思想，对世俗法律的制定起着指导作用。在圣经中，正义观念具体体现在有关审判问题的规定中。如摩西对以色列人所做的关于审判正义性的启示，直接来自于上帝耶和华的教诲。耶和华曾经对摩西说，你们实行审判，不可行不义，不可偏护穷人，也不可看重有势力的人，只要按着公义审判你的邻舍；要用公道天平、公道砝码、公道升斗、公道秤。[注]可见上帝要求，无论是审判或者是作证人，都应当坚守正义的要求。如果说上帝要求人们公正审判是对于世俗世界的一个正面行为规范，那么，规定如果不遵从这些正义要求必将会遭到世界末日的审判与惩罚则从反面警示人们应自觉遵守正义的原则。

在制度上，法律规范也吸纳了宗教规范的制度规定。例如，早期罗马法的内容并没有和宗教截然分开。在乌尔比安的《法学阶梯》中，公法本身就包含了神圣的事务、僧侣的事务和行政官的事务，在举行元老院会议和民会会议前，要先举行献祭仪式，如果得到的兆头不吉利，则推迟开会。在私法领域里，神物就被规定为不流通物；在民事诉讼中，宣誓则是对神保证讲真话的誓言。总之，在罗马公法或者私法的发展中，宗教都扮演了非常重要的作用。[注]再如，许多伊斯兰国家的法律内容，就源自于古兰经等。一般认为，伊斯兰法有四大法源——古兰经、先知的逊奈（圣言与圣行）、类比、公议。[注]古兰经是教规与法律的结合，它的规范又可以分为两类：一类是调整穆斯林与真主关系的规范，主要是关于穆斯林教徒的五大功课的规定，包括念功、拜功、斋功、课功、朝功等方面的规定。另一方面主要是关于处理人与人关系的规范，主要体现在婚姻家庭、遗产继承、宗教刑法等方面。如在婚姻家庭领域提出了一夫一妻制，关于禁止近亲通婚

的规定，在继承方面关于女子继承权的规定，宗教刑法方面关于私通罪、诬陷私通罪、酗酒罪、偷盗罪、抢劫罪等方面的规定。可以说，古兰经是伊斯兰法的宪法，是伊斯兰法的万法之源，是立宪的原则，它主要确立了真主主权说、先知权威说、议会制、公民权利义务的真主赋权说、真主面前人人平等说以及公平自由秩序等法律价值方面的学说，它是立法中首先要考虑的法源。[注]

在西方学界，一直有着一个理念——西方文明始于希伯来文明。而希伯来文明中的一个最耀眼的部分就是摩西律法。而在摩西律法形成的过程中，其与宗教是密不可分的。没有基督教也就没有所谓的摩西律法。因此，作为希伯来文明中的重要组成部分的希伯来法律与宗教是不可分的。按照西方的一般说法，《摩西律法》所记载的，既是上帝的诫命又是人间的法律，这就是律法。

在本书第二章的第五节中，作者曾对于希伯来法作了初步的探讨，并且明确指出，希伯来法在吸收了古代西亚各法律文明并造就了独树一帜的宗教和法律之后，在之后一次又一次的民族迁徙中将古代西亚文明的种子播撒到欧洲乃至整个人类世界，其所创立的文明成为了西方文明的源头。虽然，希伯来法在公元前100年时就已经趋于消失，但是，其主要内容和基本精神仍然存在，并且其主体部分犹太教经典《旧约全书》，不仅在留居于西亚各地的西伯来人之间继续适用，而且还出现了诸如据此编纂而成的、传入了巴勒斯坦地区并成为了该地区主要的法律渊源的《巴比伦塔木德》；《旧约全书》的教义又成为了兴起于公元前1世纪、至今影响着大千世界的基督教的基本教义，并以希腊和罗马为中心，逐步发展成为西方的一个主要的宗教体系和法律体系。而在这个宗教体系和法律体系中，则融入了更多的希伯来法的因子，这些因子也成为了西方法律文化中的重要组成部分。后来，希伯来法的许多内容都转化为古代希腊和罗马的礼仪和道德规范；它的一些内容和立法精神不仅成为了罗马乃至基督教法律体系的重要组成部分，并且也是居住在西亚地区的犹太人的法律和中东一些地方的习俗的主要组成部分。而且，在古希腊、罗马文明进入古代西

亚地区之后，在已经成为罗马附庸的犹太社会里，摩西犹太教分裂成多个教派，其中脱胎于犹太教的基督教成为了一种充满活力的新宗教出现在了历史的舞台上，而基督教义中所蕴含的丰富的希伯来民事规约依然为基督徒和教区内的居民们所接受与恪守，并成为了中世纪欧洲教会法的主要渊源之一，譬如，什一税制、禁止收取利息、严禁巫术与邪术、排斥与镇压异教、神判法、誓证法等等，甚至可以说，教会法的直接渊源应当是希伯来法。不仅如此，希伯来法所确立的诸多的民事规范的精神及基本制度，如契约精神、婚姻家庭制度、继承制度等，不仅成为了古代希腊、罗马法律文明的重要的来源，而且还成为了西方近代法治体系中不可或缺的重要养素和渊源之一。因此，希伯来法对西方社会法律文明的发展有着比较重大的影响力，它是架接古代西亚文明与希腊、罗马文明间的重要的纽带与桥梁。

因此，可以断言，西方的法律传统浸渍了基督教的影响。这种影响早在罗马皇帝皈依基督以前就已经开始。(注)因此，法律与宗教在起源上是不可分的，二者相辅相成，共同构成西方社会法治文明的基础。

（二）法律与宗教具有的某些共同要素

在西方法哲学和神哲学的基本理论中，法律与宗教都共同具有四种要素：仪式、传统、权威和普遍性。(注)根据美国法学家伯尔曼的分析，法律与宗教联系和沟通的主要方式有四：首先，通过仪式，亦即象征着法律客观性的仪节程序；其次，经由传统，即由过去沿袭下来的语言和习俗，它们标志着法律的衍续性；再次，依靠权威，即对一些成文的或口头的法律渊源的依赖，这些渊源就是标志着法律的约束力；最后，是凭借普遍性，即主张法律包含了象征法律与绝对真理之间联系的普遍有效的概念或者洞见。他指出，这这四种要素——仪式、传统、权威和普遍性——存在于所有法律体系之中，一如它们

（四种要素）存在于所有宗教里面。它提供了一种语境，任何一个社会的法律规则都是在这一语境中被宣示，并且从中获得其合法性。(注)

宗教作为一种历史现象，一种意识形态，在人类发展史上产生过重大的影响，至今世界上还有很多人相信各种各样的宗教。宗教的主要特点为，相信现实世界之外存在着超自然的神秘力量或实体，该神秘统摄万物而拥有绝对权威、主宰自然进化、决定人世命运，从而使人对该一神秘产生敬畏及崇拜，并从而引申出信仰认知及仪式活动。

学界一般认为，宗教的演化过程大致可分为原始宗教、古代宗教和历史宗教三个阶段。(注)

原始宗教是指原始氏族社会的宗教，是宗教的最初形态。它开始于公元前3万至公元前1万年中是中石器时期，也即是说，人类对超自然体的信仰和崇拜，是从此时才开始出现的。

原始宗教起源于人类对于食物、人类的繁殖和死亡的追求与悲痛及恐惧。农耕和畜牧出现后，食物的范围明显扩大，特别是随着人类对于培育植物和豢养动物的技术的掌握，植物和动物食物已经不再是人们采集和捕杀的对象。在前宗教时期，人们为制服对方而同食物结成的法术关系，在原始宗教中演变为同对方交往的宗教关系。此时，不少的原始部落，都有对谷物、牲畜神的祭祀习俗，祷祝农牧安泰，已成为原始宗教的重要内容之一。那时，人们已经从对于所猎取食物的制服的心态逐渐演变成为一种敬拜的心态，希望通过对于这些食物的敬拜行为而保持住这些食物能够长久地存在并能够继续成为人们维持生命的食物。这种由制服心态转变为主动地祷祝农牧安泰的心态，实质上已经具备了宗教现象的特有的行为特征——向超自然体礼拜、求告的意念和行为。

同时，随着父系制而发生的家庭结构的变化及畜牧实践，性行为同生殖的因果关系越来越为人们所明确认识。为此，原始宗教开始关

注动物繁殖的功能，于是，视性器官为繁殖标志的习俗，对于性器官的膜拜行为，便成为了原始宗教中十分重要的内容。

随着生产力的发展，劳动力的多寡和强弱越来越被看做部落乃至整个氏族生死攸关的关键性因素，因此，人们除了对已经死去的具有一定生产经验和组织能力的人依恋外，还希望能够继续得到他的帮助和指点，于是，对死者，尤其是被认为对于部落的生存与发展具有重要作用的死者，供奉祭品和礼拜求告，便成为了原始宗教中的又一个重要的内容。

而原始宗教的基本表现形式就是礼拜和求告。这种礼拜和求告的基本对象就是自然客体，其既包含了天然的动植物外，还包含了诸如山冈河川、风雨气候、日月天象等自然客体。于是，在前宗教时期已经开始萌发的图腾观念，在原始宗教中臻于完备，自然崇拜也就成为了原始宗教中甚为流行的礼拜、求告形式。

在原始社会中，人们认为一些自然物和自然现象具有生命、意志、灵性和神奇的能力，并影响人类的命运，因而将其作为崇拜对象，向其表示敬畏求其佑护和降福。各原始部落因其的生活环境不同而又不同的自然崇拜对象，如靠近山的部落崇拜山神，靠近海洋、河流的部落崇拜水神，在多风地带则崇拜风神，此外还有对动物和植物的崇拜。如古埃及人的阿匹斯神牛崇拜即以公牛为丰产神，他们崇拜的阿鲁斯为鹰形苍天神或鹰头人身的神。这时人类对自然现象的崇拜，已经由仅仅是敬重而发展到加以礼拜和求告，已经具备了宗教的特征。原始宗教于特定时刻和场合进行相应的祭拜和求告活动，如砍地祭、举火祭、播种祭、收割祭、配种祭、，以及各种季节性的祭祀等。在这些祭拜的活动中，他们通过各种仪式对所崇拜的对象（神灵）举行礼拜求告，希望通过这样的祭拜活动，能使得神灵保佑他们实现自己的目标，同时渴望神灵的赐福与保佑他们的平安。这种祈望通过祭拜、求告活动来祈求神灵护佑的观念，实质上已经具备了一定的信仰因素在内。在小亚细亚的查塔尔墟余坷发现的安纳托利亚遗

址，是距今7000年的大规模宗教活动场所，其共有分布于9个建筑层上的40个神坛，供奉的主体是女神，其形象分别表现为少女、生产中的母亲和老妇，相应的伴随者为男性少年和有胡须的青壮男子。已经明显地表现出神灵崇拜的性质。这与宗教的特征已完全吻合。只是那时的原始宗教在崇拜对象上，在对人的偶像的崇拜之前，还经历过一个物神崇拜阶段，此即所谓拜物教，是指原始人在抽象的神灵观念和拜神观念明确产生之前，先是通过特定具体形象所构成的象征，来寄托某种朦胧的幻觉。那时有不少原始部落都有自行刻制的物像，即所谓神物作为崇拜对象的习俗。但是，这些被崇拜的物象并非被认为该物即神而不可丢弃，相反，如果对物象的求告不得应验时，他们便会将其丢弃而另行制作新的神物。

可见，早在原始宗教时期，人类对于膜拜物的祭拜仪式是宗教形成的一个重要的标志。因此，迄今为止，任何一种宗教的一个最显著的特征就是都具备有一定的仪式活动，而且，这种仪式活动是信徒们自发的，且一定要符合固定的教规、模式的规范和要求。这样做的目的首先是为了宣示信徒们对于宗教的信奉程度，其次信徒们认为，这种仪式是信徒与上帝（上天）的一种交流手段和祈求上天庇佑、驱邪、避魔的方式和通道，只有举行这样的仪式才能显现出信徒们对于所敬拜的天神的敬仰与真诚，也只有这样，上帝（天神）才能够了解信徒们的诚心，从而真正地护佑他的信徒和弟子。因此，所有宗教仪式无一不显现出其庄严性和神圣感。因为，只有在这种仪式的感召之下，信徒对于宗教信奉的决心和诚心才能够在这样的仪式中充分地表现出来，才能突出信徒们忠于自己的信仰的决心和虔诚。在举行仪式的过程中，气氛是凝重的，态度是虔诚的，整个过程是庄严而神圣的。在这样的氛围下，任何一个人，无论其是否是信徒，只要一踏进这个庄严的场景（比如庄严、宏伟的天主教教堂），一种神圣、宁靖、崇敬的感觉会不由自主地油然而生。人们会不自觉地放轻、放慢脚步，会不自觉地停止刚才还在絮絮叨叨的对话，会情不自禁地抬头仰视那高穹、金碧辉煌的屋顶和四壁，会静静地观察着教堂里的每一

位祈祷和作弥撒者，在几分钟以前还身处的闹市似乎一下子被抛到了九霄云外，有的人还会静静地坐下来，聆听几句神父嘴里不断念出的那根本听不懂的神谕。这就是人类所特有的一种心理和心境，人类对于某种事物和人的崇拜，往往来自于这种庄严的仪式和神圣的氛围。

而法律的仪式，恰恰是人类将道德、宗教情感，上升为法律情感的一个重要体现。人们把对于诸如清白、公正、公平、平等等法律情感，也用一种类似于宗教情感的表现形式表现出来，这就是法律的各项仪式也像宗教仪式一样，它是把人类所共同具有的法律情感提升为一种集体信仰，这种集体信仰的一个最突出的内容就是要求相同案件应当有相同的判决，因此，人们要求执法者和司法者以及普罗大众，对法律（法治）要有一种忠诚和信仰，就像人类对于宗教的信仰一样，这种对于法律的忠诚的本质，乃是对神圣事物的忠诚，是对人生终极目标（平安、公平、公正、平等、清白）的回应，而这种对于人生最终目标的回应，却正是宗教信仰的根本特征。

我认为，宗教具有以下几个基本特征：

其一，人的信赖感，是宗教的基础；而这种依赖感的对象，亦即人所依靠并且人也自己感觉到依靠的那个东西，这个东西就是自然。自然是宗教的最初原始对象。这一点我们可以从原始宗教的与古代宗教的情况中得到启发。无论是古代希腊人还是古代波斯人，都认为认为万物都源自一个完满的实体，如希腊人认为一切水、泉、河、湖、海等都源自希腊神话里的大海神——奥克安诺斯（Okeanos），即源自大海；而古代的波斯人认为，地上的一切山脉都是生自阿尔波地山（Albordy）。因此，这种对于自然现象的认识，是宗教产生的根源。

其二，人自来到这个世界上就认识到自己是被世界中的诸多自己无法控制的因素所严格地控制和限制住的，人不可能知道未来，不能长生，也不能连续不断无忧无虑地幸福生活下去，更不能有一个无重量的身体，不能像天神一样地飞翔，不能像上帝耶和华一样发出雷霆，不能任意使形象变大或隐身不见，不能像天使一样毫无肉欲和冲

动地生活。这些限制必然导致人的无限的向往和遐思，他们希望自己能够知道自己的未来，希望自己能够长生，能够无忧无虑地生活，能够飞翔。而宗教的作用恰好在于能够从精神上实现这些梦想。这就是宗教的作用和产生的原因。

其三，由于人的各种局限性，导致人对于自然中反映和体现上帝智慧的宗教产生了景慕，而这种景慕的出发点与根本目的，则是出于人对于生存的需要和渴望，一旦人们感到自己已经达不到所预想的生活目标，便很自然地会希望自己的来生、死后或者自己的后代能够实现自己的梦想，能够达到自己一生所追求的目标。这个目标可以是“天国”，也可以是“天堂”。这就是基督教、佛教等宗教产生的基础和所起到的作用。

其四，是“人”创造了宗教，而不是宗教创造了人，宗教归根到底是人的自我意识和自我感觉。

其五，宗教往往成为社会安宁、稳固的福音。在阶级社会里，当宗教在发起或发生之时，会遭到统治者的拒绝和打击，因为统治者不希望其他的偶像分享了普通民众对于他本身及其所拥有的权力的膜拜和服从。但是，当压制和打击无效时，当宗教已经发展普及到普罗大众，再加以打击会导致社会动荡之时，统治者往往会“屈从”民意，而主动地将放松或减轻对于传教者向普罗大众传教的管制和打击力度，在特定的历史条件下，可以将宗教列为国家保护的对象，甚至将其列为国教，不仅肯定传教者的功绩，而且其本人也会主动地成为宗教的一员。基督教、伊斯兰教、佛教的产生和发展历程，已经充分地说明了这一点。世界上现有的各类已经被各国政府和世界认可的宗教，无一不是向人们宣扬顺从和来世的思想，而这恰恰是统治者所需要的，也是所有统治者对于其治下民众的要求和希望。宗教恰恰可以起到使民众顺从统治和管理的作用。因此，在一个成熟的现代社会中，宗教所起到的作用要比强权下的铁棒大得多。当代西方社会之所以呈现出

一派平和、祥瑞的景象，与他们所推崇和支持的宗教有着密切的关系。

因此，有学者一阵见血地指出："法律像宗教一样起源于公开仪式，这种仪式一旦终止，法律便丧失其生命力。"[注]因为，在一个法治社会里，社会全体成员对于法律的信仰和忠诚，乃是保证这个社会健康、正常发展的前提。因此，法律与宗教在本质有着一定的相似之处，至少它们都需要人们的遵守和信奉。这是维护当代社会正常发展的双轮。

除了在仪式的表现方面法律与宗教具有同一性之外，法律还与宗教一样注重传统和权威。[注]任何宗教都有其固有的传统与发展的历程。在基督教的发展历程中，就经历了从起源到发展，从发展到分裂，从分裂再到发展的曲折起伏的历程。

基督教起源于巴勒斯坦的犹太人中。初期基督教是从犹太教中分离出来，在犹太人的底层民众中传播。古代希伯来人在公元前10世纪建立了以色列王国，经历了短暂的辉煌后，很快就分裂和没落了。犹太人世代居住的巴勒斯坦地区先后被波斯王国、埃及王国、希腊王国、叙利亚王国、罗马帝国轮番统治，最后在公元1世纪，罗马帝国彻底取消了以色列王国，将它变为罗马帝国的一个省。在承受国破家亡而又无力抗争的长期痛苦时，犹太人寄希望于他们的民族神雅赫威，推崇他为创造和主宰世界的唯一真神，认为雅赫威拣选犹太人为自己唯一的选民，并将派来救世主弥赛亚，由他带领犹太人和雅赫威一同统治他的光荣的、永恒的国家。

公元1世纪30年代，在犹太人中出现一个新的宗教，这些犹太人在坚持犹太教的基本信仰的同时，认为犹太教世世代代盼望的救世主弥赛亚已经降生，他是造物主上帝的道成肉身，并且被圣灵降孕的玛丽亚生养成人。他们打破了犹太教的传统，开始向其它民族传播上述"福音"，宣传只要信奉上帝和跟从耶稣就可获救。希伯来文的弥赛亚在罗马帝国的希腊语中被译成基督，所以这个新宗派的追随者自称基督教

徒，基督教徒们的新主张在罗马统治者看来是造反，被严守犹太教律法的法利赛人看作是异端，因此他们受到了两方面的迫害。耶稣被钉在十字架上处死，许多基督徒被处死或监禁，这样的迫害持续了几个世纪。

基督教对于人类社会及人类文明具有深远影响，它的传统始终没有断裂或者被割裂过。它自出现的那一天起，就教导人们尊重生命，心怀善念，提高了人们的道德水平。它对西方政治文明具有重要影响，英国中世纪的《大宪章》、美国的《独立宣言》和《美国宪法》、19世纪中期的美国南北战争都与基督教精神密不可分。另外，它极大地影响了西方艺术、建筑、思想与文化的发展。

两千年来，基督教一直在塑造着人类的文明，影响着它传到之处的文化。实际上，基督教文明对人类生活的影响远远大于基督教本身对人类的影响，也可以说，基督教正是通过塑造人类文明而广泛影响人类社会。

世界上所有的法律体系也与宗教一样无不是建立在对于过去文化的延续性上的。即使是在由于政治的原因而造成了与自己的历史割裂的中国大陆地区，自20世纪80年代以来，在学界不也掀起过对于中国古代法律文化与中国现代法律体系的关系研究和讨论的热潮吗？一个民族的发展是无法与自己所走过的历程真正割裂开来的。在中国大陆目前所适用的法律体系中，事实上也无不显露出对于自己历史文化的继承和发展。比如，在2009年颁布的《刑法》第八次修正案中所作出对于75周岁以上的老人不适用死刑的修订条款，就是继承和发扬中国古老的敬老的儒家思想传统的结果。英国的法律体系直接接受了英国文化传统的洗礼；法国的法律体系则更是直接接受了罗马法的精髓，才得以发展到今天；美国的法律体系除了继承和扬弃了英国的法律传统之外，根据自身的需要和美利坚民族在200多年的形成过程中逐步形成的自身的传统，打造出了独具特色的法律体系；日本在19世纪中叶采取了全盘西化的改革政策之后，也努力地把自身的民族特性融汇到

了其法律体系之中，而造就了既具有西方精神，又凝聚了东方特色的法律体系。因此，法律没有永恒，但它与宗教一样，绝不是与传统割裂的无根之木。

宗教的权威是其数百甚至上千年发展的结果，更是全体教徒共同信仰和依赖的结果，它体现在教会对于教会和信徒的管理和训导的之上。基督教的权威集中体现在了《教会法典》之中。法典第747条规定："主基督曾将信仰宝库托给教会，使其因圣神的助佑，将启示的真理圣善的保全，精密的探究，忠信的宣报和阐明。教会有天赋的义务和权利，得应用本身所有的社会传播工具，不受任何人间权力的限制，向全人类宣讲福音。无论在何时何地，教会也有权宣报有关社会秩序的伦理原则，对人的事务，在人格的基本权益或人灵的得救有要求时，亦有权审断。"第749条规定："教宗以其做所有基督信徒的最高牧人和导师的身份，有权在信仰上坚强众弟兄，当用职权以决定的行动宣布有关当信从的信仰或道德教义时，享有在训导上不错的特恩。主教们在大公会议聚会，以信仰和道德的导师和法官的身份，为普世教会决定地宣告当信从的信仰和道德的教义时；或是散居世界各地之主教，彼此之间并与伯铎的继承人保持着共融的连系，与教宗一致确切教导信仰及道德，而共同决定某一信条时，主教们在训导上亦享有不错特恩。"第750条规定："天主所启示和天主教会所颁定的当信的教义为：包含在以文字记载或是传授下的天主圣言内，即托付给教会信仰宝库内。同时由教会隆重的训导，或是由通常的和普世的训导而提供的天主启示的所有真理，对这一切信友们应在神圣训导权的领导下，共同表示信从，因此人人应避与此相反的教义。凡是教会训导决定性地提出的有关信仰与伦理的教义，就要坚定地拥护和保存，也就是说，所有有关同样的信仰宝库都要求虔敬地捍卫与忠信地解释；因此，谁拒绝那些决定性地坚持的主张就是反对天主教的教义。"第129条规定："教会的治理权，由天主所制定，亦谓之管理权，依法规定，领有圣秩者为有治权的合格人员。为治权的行使，平信徒得依法协助之。"第331条规定："罗马教会主教享有主单独赐给宗徒之长伯铎的职

位，此职位亦应传递于其继承人，因此教宗为世界主教团的首领、基督的代表、普世教会在现世的牧人；因此由于此职务，他在普世教会内享有最高的、完全的、直接的职权，且得经常自由行使之。”在这里，基督教会以法律的形式确立了教会和教宗所享有的权威，包括审断权、不错特恩权、训导权、治理权等等。

在人类社会历史中，宗教曾经承担了对世界的解释、司法审判、道德培养和心理安慰等功能。而在现代社会中，科学和司法已经从有些宗教分离出来，但是道德培养和心理安慰的功能还继续存在于宗教中。宗教所构成的信仰体系和社会群组是人类思想文化和社会形态的一个重要组成部分。人们对于法律的态度，也同样与宗教崇拜有着不可分的联系。法律的权威与宗教的权威一样，来自于人们对于法律的信仰和依赖。对于法律权威最高的体现就是当人们陷入争执的时候，人们想到的第一个解决方式可能是诉诸法律。这里的诉诸法律不要片面地理解为仅仅是诉诸法庭的诉讼行为，中国大陆目前所施行的民间调解、商事仲裁、劳动仲裁、行政调解等非诉解决争端的方式，其本质上也是诉诸法律的行为，因为，这些调解所依据的当然是现行的法律，而且其调解的原则、方式和仪式形态均是由法律规定之，而非当事人随意为之。因此，与宗教之于信徒具有权威性一样，法律之于社会及民众来讲，同样具有权威性，而且，如果从这两种权威所涉及的广度和深度来看，法律权威的适用性和影响力要大于宗教，尤其在现代社会，世俗法对人类社会生活的影响力和约束力，是教会法所无法比拟的。但是，教会法也是对世俗法的有效补充，一些世俗法律所无法涉及和管辖的领域，如道德、信仰、心灵等涉及人类思想意识方面的东西，则还要借助于教会法的权威和适应力。应当说，二者共同构成当代社会的治理工具和维护社会稳定的必要条件。只是，宗教更加侧重于对于人类的心灵和道德方面的平衡及规范，而法律则更加侧重于人类的具体行为的平衡及规范。

法律与宗教所共有的第四个因素，即所谓普遍性，亦即法律与宗教都具有普世性，法律是通过对人类行为的具体的规范来实现它的普

遍性，而宗教则通过对于人类的心灵的救治来实现它的普世性。因此，普遍性或者普适性，是二者所共有的因素之一。任何一部法律一般都适应于一定范围内的人类群体，有的法律体系，如国际公法、国际私法、国际经济法等则也具有一定普适性的，只是，它们所调整的范畴不同或者各有侧重。而宗教的普适性则可能比法律的普世性更好理解一些，一个历史宗教[注]，无论其所影响的范围和人群可能是一部法典所无法比拟的。即使是历史上最富盛名的罗马法系、普通法系、中华法系、印度法系和伊斯兰法系等，其影响和规范的范围、人群和时空也是无法与基督教、佛教、伊斯兰教的影响力所比拟的。况且，从历史的角度看，法律是不可能永恒的，任何一部法律都不可能适用上千年，但是，延续了千年以上的宗教可并非罕见。这就是法律与宗教在普遍（适）性方面的一个显著区别。

法律的特定仪式、传统和权威与宗教的仪式、传统和权威，虽然在某种程度上可能会有重合之处，但是，它们所引起的后果、适用的范围和人们的情感可能不尽相同。前者必须附之于国家、法院甚至政党而非上帝和主教；而后者则主要附之于上帝、主教和教会法庭，而非国家、政党和世俗法院。而且，前者的后果不仅包括偿还、赔偿、道歉、还原、补偿等民事、商事责任，还包含了诸如拘禁、拘押、监禁等限制人身自由，甚至剥夺人的生命；而后者则主要是精神的和适当的物质方面的惩戒。

可见，法律与宗教在有着其各自的特征和内容之外，确实也享有着某些共同的因素。

（三）法律与宗教的相互影响及作用

美国法学家伯尔曼在《法律与宗教》一书中认为，政治确曾产生出种种法律规则和判决，然而，除非人们信赖这种法律，除非他们赋予此法律以普遍和终极的意义，除非他们依据一种超验真理来看待和判定这法律，如果不存在这一切，法律将形同虚设，它将是“死法”。

注这里实质上是讲了一个法律与宗教的关系问题。在伯尔曼看来，法律与宗教是相互影响和相互发生作用的，就在这本《法律与宗教》的小册子里，他用了很大的篇幅专门论述了“法律中的宗教”和“宗教中的法律”这两个极富哲学意义的命题。这本书的基本观点是：

> 法律不只是一套规则，它是人们进行立法、裁判、执法和谈判的活动。它是分配权利与义务、并据以解决纷争、创造合作关系的活生生的程序。宗教也只不过是一套信条和仪式；它是人们表明对终极意义和生活目的的一种集体关切——它是一种对于超验价值的共同直觉与献身。法律有助于为社会提供维持其内部团结多需要的结构和完型；法律以无政府状态为敌，宗教则有助于给予社会它面对未来所需要的信仰；宗教向颓废开战。注

关于法律与宗教的关系，中国学者也有着自己的深刻地思考。他们认为，作为共同调整人类社会的规范，法律与宗教存在着千丝万缕、多个向度的联系。从目的指向来看，法律与宗教都关心人类生存的方式与意义；从思想和制度角度来看，法律中的许多思想和制度都发源于宗教和宗教规范；从西方法治建设的演进历程来看，西方法治的形成得益于人们从内心真正信仰宗教权威与规范的传统；从功能上来看，法律和宗教都有凝聚和调试社会等功能，共同成为维系社会的纽带。注

1.宗教曾经对法的产生和发展有过重大影响

宗教是人类的精神需要，是一种社会文化现象。从历史上看，流传在东方的宗教主要是道德宗教。从某种意义上说，宗教也是社会的一种控制系统，是一种稳定社会的力量。如前所述，在历史上，宗教曾对原始社会的习惯（如崇拜与禁忌等）产生过巨大影响。进入阶级社会以后，原始社会的习惯逐步上升为奴隶社会的法。在古巴比伦和古印度，立法的指导思想往往表现为宗教观念。也有甚至把法律与宗

教的教规、戒律等融和在一起的现象，如《古兰经》既是伊斯兰教的经典，又曾是伊斯兰教国家的法典。因此，宗教曾经对法的产生和发展有过重大影响。

2.教会法一度曾成为国家的根本法

宗教渗透到社会生活的一切方面，在中世纪，教会法实质上成了一些封建国家的根本法。在制度上，法律规范吸纳了宗教规范的制度规定。关于此点本书已在前文中论述过，在此不再赘述。

3.在现代社会中宗教对其法律仍然有一定的影响

在当前一些西方发达国家中，宗教对其法律仍然有一定的影响，宗教的观念在法律中仍然有所表现。例如，现代西方国家刑法的基本出发点就来源于《圣经》的惩罚学说，这方面的内容主要具体体现在原罪、赎罪与末日审判说上。《圣经》中的原罪、赎罪和末日审判的学说，是一个完整的惩罚学说。虽然这个过程是以神学的面貌出现的，但是与西方近现代的刑法和刑罚具有极大的相似性。而且近现代刑法学的若干原则也可以在圣经描述的过程中发现其痕迹。[注]再如，摩西十诫中规定，不可杀人、不可奸淫、不可偷盗、不可作假证陷害人等等，[注]也直接进入了刑事法律的领域。

4.宗教与法律负有共同维护社会稳定的职责

宗教是人类社会规范体系中的重要的一种，它与其他社会规范处于相互补充、相互支持的关系中。[注]法律的任务本身也具有对于社会秩序的维护、社会团结的促进、社会行为的安排和矛盾纠纷的化解的功能，因此，法律与宗教在职责方面具有极强的同一性。这种同一性表现为：社会稳定功能、社会凝聚功能、社会控制功能和社会调试功能。[注]

5.法律与宗教一样也必须为大众所信仰

西方社会中有着久远的信仰法律的传统。而这种传统则来自于11、12世纪的宗教仪式、圣礼以及学说方面的渊源，反映了基督教中对于死亡、罪、惩罚、宽恕和拯救的态度，以及关于神与人、信仰与理性之间的新设想。在资产阶级革命后，西方人常将教徒们对待宗教信仰的方法借用到对待法律的态度上。

耶稣主张绝对不能废掉律法，而应当遵守与成全律法。认为就是天地都废去了，律法一点、一画也不能废去，都要成全无论何人都应当严格遵守律法。遵守律法的人在天国为大，而破坏律法的人在天国为小。不可起誓，你们的话，是就说是，不是就说不是，若再多说，就是从恶里出来的。[注]可见，自觉守法的习惯早已通过圣经的传播被西方的广大民众自觉接受和养成。

不仅如此，基督教还从犹太教中继承了一种相信在历史终结之时，上帝对世界上所有的民族及所有曾在这个世界上存活过的人们的灵魂进行审判的信仰。这样的信仰相信上帝是一位公正的法官，他将降临人世，并以一位法官的身份，维持正义，保护善良，惩治罪恶。在这次末日审判中，虽然会有许多人受到惩罚，但救世主的和平、正义与爱的时代会同时到来。这种末日审判的信仰对于培养和蕴育西方广大民众尊崇和信仰法律的观念，起到了积极的推动作用。

因此，对于法律秩序的追求，对于法律制度的合法性与正当性、规律性与正义性的信仰，早已借助人们对于基督教规范的信仰而被培植下来了。而宗教的这些教规和律法既是人们必须要遵守的教规，也是社会道德规范的体现。基督教义所宣扬的遵守教义、忍受苦难并人心向善的目的是为了进入天国的信仰，以及原罪、赎罪及末日审判说，都有效地促进了人们对于法律的遵守，并将遵守法律的信念内化为人们内在的行为习惯与思维方式，客观上使西方民众将遵守法律的理念融化在了他们的血液里，并且在经历了长时期的潜移默化之后，逐渐成为了一种自觉的传统，甚至被作为一种人类文明成果而被继承了下来。

正如伯尔曼所说的那样：

> “法律（解决纷争和通过分配权利和义务创造合作纽带的活动）和宗教（对于终极意义和生活目的的集体关切和献身）乃是人类经验两个不同的方面；但它们各自又都是对方的一个方面。它们一荣俱荣，一损俱损。”(注)

思考法律与宗教的关系问题，实际上是为我们提供了透视社会的一面镜子，提供了一个观察和分析国内外社会发展问题的视角。分析西方宗教文化与法律制度和价值关联的社会历史进程，也许会使我们可以相对客观与冷静地思考宗教在法治建设中的地位。即便我们当下不能从中直接汲取有益的养分，我们也可以将之作为人类文明的经验，传承给法治建设的接力人。(注)

（四）法律与宗教的相互依赖

宗教虽然是掌管人们灵魂的指导原则，但它也并不是完全抽象的教条。犹太教、基督教、伊斯兰教的教义、教规从来没有把人的精神与肉体、信仰与行为分离开。宗教经典中充满了有关律法、法律的叙述。例如，基督教除了有专门的律法书之外，圣经《诗篇》中说：“我们的上帝，万物之主和创造者，创造了人类并赋予他得享自由意志的殊荣，借先知之口 授法律以助他，借此令他知晓他应做和不应做的一切。”圣经《马太福音》中，耶稣说，“我是实在告诉你们，就是到了天地都废去了，律法一点一画也不能废去，都要成全”。在古代的以色列和伊斯兰教中，宗教与法律完全是一回事。事实上，任何宗教都十分强调法律的作用，只是提法不同，有的叫律法，有的叫戒律，有的叫教规，其内涵也有差别，但其实质都是一样的，那就是——宗教离不开法律。因为，当宗教信仰走出个人内心体验的范围，表现为外在的、有形的表现形式和行为活动时，就必须借助于法律，与某种形式

的法律相结合。中世纪西欧盛行的教会法和自然法都是以法律形式来体现宗教的内容。所谓教会法，不过是以法律形式表现的教规。没有法律的宗教，就不具社会性。而法律则更要借助于宗教的神圣性来使得法律的原则、形式、内容，成为人们心中对终极的、超验的目的、意志的信仰，一句话，就是对终极的正义性的信仰。这是人们自觉地遵守法律的主观内因。如果没有这种神圣性，法律是不可能被自觉遵守的。立法者和执法者固然可以通过暴力，强行制定法律并实施法律。但这样的法律必定不在人心中，它只是统治者的一种纯功利的考虑，它不可能为民众所自觉遵守和信仰，其效力当然不可能达到统治者的要求和理想。对于统治者来说，法律就意味着秩序，没有法律，就不能有效地进行统治。因此，作为明智的统治者，为了达到统治的目的，必定会竭尽全力使自己的法律表现成为与人们心中的信仰相一致的一种信念或者信仰，他们要让民众相信这是民众自己选定的法律，具有终极的价值观，具有不容违抗的神圣性、合理性。而这种神圣性恰恰是宗教的一个基本特征。因此，统治者往往把法律强化为信仰的一部分，并努力使人民自觉地认为法律就是人们必须而且应当尊崇的一种信仰，它与宗教一样是神圣的、不可侵犯的。这种对法律的虔诚与信仰正是西方法治主义的精神之源。法律也正是依赖着这种信誉，才一直在西方世界中起着调整世俗社会关系的最权威的作用和力量的源泉。为了显示法律是神圣，他们甚至以法律的形式规定，国王也不能逃脱法律的束缚，此即“国王在臣民之上，但在上帝和法律之下；”“若不是法律许可，国王一无所能。”的这种“王在法之下”的法谚的思想根源。也正是在这种思想的引导之下，人们才按照基督教教义中“上帝面前人人平等”的原则，而推导出“法律面前人人平等”的法治原则。因此，在西方人的头脑中，只有当法律与人们所信仰的理念发生了不可分割的关系时，只有当法律能够产生出某种社会效果、符合人们所信仰的具有普遍性的社会正义的标准和价值时，它才能得到信任，继而才能被信仰，才能被称为是正义的、公正的法。而评价法律公正性（正当性）的标准，不仅需要法律规则和正当程序，更需要来

自法律之外的社会评价体系。这就是与终极真理、绝对真理联系在一起的宗教道德传统。反之，如果法律没有信仰作基础，其效力一定是功利的，是不会长久的，会如伯尔曼所说的那样是“形同虚设”的。除非，法律具备了伯尔曼所说的法律与宗教共享的四要素：仪式、传统、权威和普遍性，也就是在法律与宗教之间建立起了这种有机的和真理般的联系，法律才能够成为全社会民众自觉遵守的信仰。因此，在当代世界，法律与宗教不能分离，人类社会不能没有法律，没有法律就没有秩序；同时也不能没有宗教、信仰，没有了信仰，人类就失去了方向，就丧失了人类存在的终极价值目标，而一旦丧失了这种终极价值目标，法律会越来越倾向于功利化，而渐渐失去了民众的信仰，社会也将会一步步地走向分裂和毁灭。现在西方国家所面临各类社会问题，与社会成员对于法律信仰的丧失，有着密切的关联，正如伯尔曼所说：西方人正经历着一场整体危机。而这种危机的一个主要征兆乃是对于法律信任的严重丧失，而法律信任的丧失又是与宗教的丧失殆尽密切相连的。(注)

（五）法律与宗教的区别

法律与宗教虽然有着千丝万缕的联系，但是它们之间也是有区别的。这种区别主要表现在：

1.二者的作用不同

法律着重于支配和约束人们外在行为；宗教则侧重支配和约束人们的内心观念。

2.适用的范围不同

法律规定了世俗社会公民与公民、公民与国家、公民与社会之间的权利义务关系；宗教则规定了教徒对教主、经典和宗教教职人员虔诚信仰、崇拜皈依和供养的关系。

3.实施的方法不同

法律是以国家的强制力为后盾保证实施的普遍的行为规范；宗教则是依靠信教群众对宗教的崇拜、信仰和全身心的皈依来自觉贯彻执行其教理、教义和教规的。

可见，一个社会不能没有法律，也不能没有宗教；法律与宗教虽然是两个不同的领域，但任何一方的发展都离不开另一方；法律与宗教无论在起源、发展、功能、最终目的以及对社会的影响、作用等方面，都存在着很多的一致性，尤其是在它们的根本目的和任务上则更是一致的。这也是本书花费了一定的篇幅来研究西方教会法的一个主要原因。研究西方法治的发展历程如果忽略甚至不屑去研究教会法，这个研究也不可能是全面的。

---

1. 参见【美】D.布迪、C.莫里斯：《中华帝国的法律》，江苏人民出版社2003年版，第7页。
2. 《圣经.利未记》第19章第15节和第35节。
3. 【意】阿尔多·贝特鲁奇："宗教和宗教规范对罗马法的影响"，徐国栋译，载《法商研究》1996年第3期。
4. 所谓公议，是指某一地方某一时代的大多数法学家就某一问题所取得的基本一致的认识。
5. 参见吴云贵：《当代伊斯兰教法》，中国社会科学出版社2003年版，第22-46页。
6. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，"死亡与再生：新世纪的曙光（代译序）"。
7. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第12—39页——"法律中的宗教"。
8. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第23页。
9. 此种划分宗教演化过程的观点参见郑建业：《宗教演化史》，中国大百科全书出版社2013年版的观点。
10. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第25页。
11. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第26页。
12. 史学界一般将产生于古代而流传至今的宗教，称为历史宗教。从人类历史发展和宗教演化的过程来看，历史宗教大致可分为起源较早的宗教、起源于古代后期的宗教，以

及产生于中世纪以后的宗教等几个类型。属于第一类的有：婆罗门教、犹太教等；属于第二类的有佛教、基督教、伊斯兰教、道教等；属于第三类的有摩尼教、锡克教等。

13. 参见【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第63页。

14. 参见【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第14—15页。

15. 杨建军："法律与宗教关系的多向度追问"，载《河北法学》 2008年第8期。

16. 徐爱国等：《西方法律思想史》，北京大学出版社2002年版，第61页。

17. 《圣经.出埃及记》，第20章第13-16节，第23章。

18. 郑戈：《韦伯论西方法律的独特性》，载韦伯：《法律与社会》，上海人民出版社2001年版，第97页。

19. 具体内容可参见杨建军："法律与宗教关系的多向度追问"，载《河北法学》 2008年第8期。在此不再赘述。

20. 《圣经·马太福音》第5章第7节。

21. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第66—67页。

22. 杨建军："法律与宗教关系的多向度追问"，载《河北法学》 2008年第8期。

23. 参见【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第12—39页。

第二节
教会法的发展阶段及其体系

一、教会法的发展阶段

教会法一般是指自基督教会起源时起，由宗教会议通过的、有关基督教徒应该遵循的符合信仰的法令和道德、生活规矩、规范和准则。教会法是中世纪西欧罗马法和英国普通法之外的另一主要法律体系。在16世纪宗教改革以前，教会法是通行全西欧教会的法律。(注)

有些西方学者将教会史划分为四个阶段：

第一阶段，自基督教起源以及在古希腊和古罗马世界的传播，即公元8世纪之前。

第二阶段，教会在西欧中世纪的发展和兴盛（700—1300年）。

第三阶段，中世纪后期教会的危机、宗教改革运动和对东方的传教活动（1300—1700年）。

第四阶段，19和20世纪：教会与国家明确分离、基督教与其他宗教关系的改善。

而对于教会法的历史则一般划分为四个阶段：

第一阶段，从教会起源到格兰西编著的《教会法汇要》（1140年前后）。

第二阶段，从格兰西到特兰托会议和《教会法大全》的审定和正式颁布（1140年后—1582年）。

第三阶段，从《教会法大全》到《教会法典》颁布（1581年之后—1917年）。

第四阶段，从1917年至今。注

教会法一般被认为是教会的普通法，适用于整个教会，因此，教会法总是以全体教徒必须遵守的教规、律法的名义颁布。但是，从教会法的起源看，在教会前期的教会法基本上都是由各地方的教会宗教会议所颁布的法令，这些法令被有目的地收录到各种教会法汇编里之后，只要获得其他地方教会的承认，或者经过教皇的认可并以教会的名义予以颁布之后，这些法令便在整个基督教会中具备了普遍的适用性。这些法令也就转化成为了被普遍认可和适用的教会法。因此地方各个教会所颁布的法令，也是教会法的来源之一。当然，教会法的主要来源还是来自于比较集中的教会法令是汇编活动，和以历届教皇名义颁布的教会法令。

二、教会法体系

（一）教会法令文献概览

在基督教会法体系中，最核心的部分是自2世纪以后开始出现的卷帙浩繁的教会典章制度法令文献。12世纪之前最著名的教会法令文献有：

（1）《主的训导》，大约在公元100年到150年间编成于叙利亚，汇总了教会礼仪和纪律等方面的各类规章，分为16章，前10章主要论述宗教礼仪制度，后6章陈述基督徒的行为规范和教会法纪。

（2）希波律图的《使徒传统》，大约在225年前后编成，它在教会法领域的影响主要在东方各教会，曾被译成阿拉伯文、埃塞俄比亚文等东方语言，并且在4世纪末成为在叙利亚编成的最完备的教会典章制度文献的《使徒律令》的重要组成部分。

（3）《教规集成》，是380年前后由安条克主教梅雷提奥斯编辑成册的，该集成收录了4世纪安条克和其他地区主教会议所颁布的法令，后又添加尼西亚等公会议的法令以及教父们关于教会法纪的一些书信。这是第一部以宗教会议法令和教父著作片段为内容的教会法汇编，于692年在君士坦丁堡主教会议上得到了确认、修订和增补。该集成是按照年代顺序编排的，不便使用，因此，以后出版的教会法汇编大都按内容的分类编排，以便于使用。

（4）《教规汇编》，是由419年第17次迦太基会议批准的宗教会议法令汇编，收录了自393年到418年间北非历次宗教会议所颁布的法令。

（5）《教令集五编》，编录于1187—1226年之间，收录了教廷在各个领域发布的大量教令。其中《教令集第一编》编成于1187—1191年间，全书分为5卷，其既是主教和法官的工作手册，也是大学教会法教授和学生使用的教材。其内容依次是：教会法渊源和教会等级、教会法法庭和程序、教士和教会财产、婚姻、罪与罚。这种分类的方法受到了罗马法中人法、物法和诉讼三分法的影响，被后来的教令集编者所继承。此后四编的体例与第一编完全一样，只是这五编的作者不同，第一和第二及第四编都是法学家个人的著作，虽然作者本人有着高级教职，但是，其作品并没有得到教徒的认可。只有第三遍和第五遍分别由教皇英诺森三世于1210年和洪诺留三世于1226年正式颁布。这五部教令集由于编著的人不一样，所以，其内容上有重复，甚至互相冲突。尽管如此，该五部教令集是教会法历史上最为著名和第一部较为完整的系统的教令集，此后历次编撰的教令集基本上都延续了它

们的结构和风格，这五部教令集是以后各部教令集的样本和基础。它们奠定了教会法的基础和主要内容。

（6）《格里高利九世教令集》，是在《教令集五编》存在不一致和互相冲突的问题的情况下，由教皇格里高利九世（1227—1241年在位）决定编撰的一部由各地教会统一使用的更加整齐和便于使用的教令集。该教令集参照了《教会法第一编》的结构，采纳了同样的五分法，每卷下分标题，标题下排列有关的教规。其主要从上述的五部教令集中摘取材料，由2139条教规中摘取了1756条，删去了已经被废除或五部教令集中重复的教规，并根据需要适当地增减了其他内容，包括了历次宗教会议的法令和教父作品，并加上了195条格里高利九世的教令。该教令集于1234年颁布之后，在理论上成为罗马天主教会权威的、普世的、惟一的法律汇编，其他的律法书随着它的颁布而被宣布无效。因此，它是对13世纪以前、仍有适用价值的教会法的归纳、汇编与总结，是我们研究教会法的重要的资料和来源。

（7）《教会法大全》，是对于被称为中世纪教会法五大经典的教会法著作的汇集。教皇卜尼法斯八世（1295—1303年在位）将格里高利九世以后的教令以及他自己的教令编成一部新的教令集，作为对5卷《格里高利九世教令集》的补充，称之为《第六书》，于1298年颁布，也分为5卷，并且宣布，《格里高利九世教令集》中与《第六书》相左的教规无效。教皇克莱孟五世（1305—1314年在位）所编成的教令集，在约翰二十二世（1316—1334年在位）修订后颁布于1317年，是为《克莱孟教令集》。为了整理有法律效力，但是没有被结集成册的教令，法国法学家沙皮伊于1499年开始编纂《编外卷》，收录了约翰二十二世的20条教令，编成《约翰二十二世编外卷》；又收录了70条从乌尔班四世（1262—1264年在位）到西斯科特四十（1471—1484年在位）诸位教皇的常用教令，编成《普通编外卷》。这样一来，《格里高利九世教令集》、《第六书》、《克莱孟教令集》、沙皮伊编纂的两部《编外卷》（《约翰二十二世编外卷》和《普通编外卷》）以及著名学者格兰西所编撰的《教会法汇要》，被称为中世纪

教会法的五大经典。在经过16世纪的修订之后，经教皇批准出版了包含这五部汇编的一套全集，被确认为教廷许可的正式的版本，于1586年出版时被定名为《教会法大全》。这五部经典对于基督教会法律体系的完善与发展，起到了决定性的作用。

（8）《教会法典》，是近代以来宗教法律法典化的最典型的代表。《教会法大全》各部分出版以后，历届教皇们通过立法活动和重大的宗教会议陆续推出了数量庞大的法律条文。这些法律条文以年代顺序编排，不易检索，而且新旧法律差异很大，因此，如何妥善处理这些新的法律和《大全》的关系，成为教廷和法学家需要认真考虑的问题。进入19世纪之后，整个基督教会都在考虑如何进行教会法的改革：是效仿《拿破仑法典》的范式撰写全新的教会法典，还是沿袭《教会法大全》的传统，编辑系统的新教会法令汇编？庇护十世（1903—1914年在位）期间，受教皇委托主持教会法改革工作的加斯帕里选择了仿效《拿破仑法典》的编纂范式，认为撰写简明的法条并将这些系统地排列，不仅有助于消除传统法律汇编混乱、前后不一的弊端，而且还方便了使用。注根据这一原则，加斯帕里编辑出版了多卷本的《教会法典渊源》。1917年，教皇本尼狄克十五世（1914—1922年在位）正式颁布了《教会法典》。该法典共有2414条教规，分5卷，卷下为编，编下为题，题下为条，条下为项。5卷的内容分别是“总则”、“人法”、“物法”、“诉讼法”和“罪与罚”。该法典虽然消除了教会法的混乱状况，但是，为了应对20世纪中后期急遽变化的国际社会经济政治形势，教会不得不又制定出大量新的规章和法令，形成法典外法令急速膨胀的局面。1959年教皇约翰二十三世（1958—1963年在位）提出要修订法典，并于1963年组建了修订法典的委员会。在教皇保罗六世（1963—1978年在位）的敦促下，委员会于1965年正式开始工作。几度修改之后，新法典于1982年呈送教皇约翰保罗二世（1978—2005年在位），他在1983年1月25日正式颁布了这部《教会法典》。该法典共有1731个条款，其中1725条教规，注分为7卷，其内容分别是：“总则”、“天主子民”、“教会训导职”、“教会圣化职”、“教

会财产”、“教会刑法”和“诉讼法”。该法典适用于整个拉丁教会，但对于天主教的东派教会不适用，他们继承了亚历山大、安条克、君士坦丁堡等的宗教传统，既具有自治性，又承认罗马教皇的领导地位。教皇约翰·保罗二世在1990年为这些主要分布在中近东的教会颁布了《东派教会法典》。

（二）《教会法典》的体系结构

《教会法典》由教皇约翰·保罗二世于1983年1月25日正式颁布。该法典共有1725条教规，分为7卷：

第一卷总则，第一题：教会法律；第二题：习惯；第三题：普通法令与实施训令；第四题：个别行政措施；第五题：章程及规则；第六题：自然人及法人；第七题：法律行为；第八题：治权；第九题：教会职务；第十题：时效；第十一题：时间之计算。

第二卷天主子民，第一编：基督信徒；第二编：教会圣统制；第三编：献身生活会及使徒生活团。

第三卷教会训导职，第一题：圣道职；第二题：教会传教工作；第三题：天主教教育；第四题：大众传播工具及出版书刊；第五题：信德宣言。

第四卷教会圣化职，第一编：圣事；第二编：其他敬礼行为；第三编：圣所与庆节。

第五卷教会财产，第一题：财产之取得；第二题：财产之管理；第三题：契约及财产变更；第四题：赠予及慈善基金。

第六卷教会刑法，第一编：罪罚总则；第二编: 罪罚分则。

第七卷 诉讼法，第一编：诉讼总则；第二编：民事诉讼；第三编：特别诉讼；第四编：刑事诉讼；第五编：行政诉愿及堂区主任撤职或调职程序。

三、《教会法典》的核心价值观

（一）教会法与基督教之爱

1.耶稣的诞生及其布道活动

耶稣（Iesus）是希腊文的音译，是犹太人中流行的人名之一，基督本为尊称，后常与耶稣连称。耶稣是基督教崇拜的对象，被奉为上帝的儿子，由圣灵感孕童贞女马利亚，取肉身降世，成为人的救世主。

根据《福音书》[注]的记载，耶稣是犹太人。一般认为他约于公元前4年出生于罗马帝国的属国犹太[注]。耶稣的父亲（耶稣的母亲马利亚的丈夫）是个木匠，家庭寒微，没有受过系统的经书教育，但他自幼生活在传统的犹太环境中，犹太会堂的宗教教育使他熟悉了犹太“律法书”和“先知书”的内容，以及这些经书所宣传的教义与教规。他曾经在约旦河边接受了施洗约翰的洗礼，成为了一名犹太教徒。

在经历和战胜了长达40昼夜的旷野禁食的考验和魔鬼的3次试探之后，耶稣选择了一条“受难的弥赛亚[注]”之路。此后，时年30岁左右的耶稣便开始在加利利的各会堂里宣传天国的福音，医治百姓的各种疾病。《圣经》里记载了耶稣曾经行了许多神迹奇事，例如，使瞎子看见、聋子听见、瘫子行走，麻风病人痊愈、死人复活、自己在海面上行走、用5个饼和2条鱼让5000人吃饱、登山变像以显示出他是上帝的儿子等等。为了扩大影响，耶稣从追随他的门徒中选出12个人作为自己的布道的助手和伙伴，这12个人被称为十二使徒，意即受委托的人。他们是——西门彼得、安德烈、西庇太的儿子雅各和约翰、腓力、巴多罗买、多马、马太、亚勒腓的儿子雅各和达太，以及西门和加略人犹大。

2.耶稣的基本的主张

耶稣在世上共生活了33年，最后3年，是他传道活动的顶峰时期。他的基本主张包括：

（1）神是慈爱的天父

在犹太教的信仰中，神是宇宙的创造者和统治者，他是全知全能的，是圣洁的。耶稣肯定了这些理念，但是，耶稣同时又主张，神与人的关系，不仅是创造者与被创造者、统治者与被统治者的关系，而且是父亲与儿子的关系（参见《马太福音》第6章第9节）。耶稣指出，这种神与人关系的核心就是神对人的爱。耶稣认为，神对人的爱不仅表现在未人类提供了物质生活条件，更重要的是他的爱表现在对人的灵魂的拯救。虽然人犯罪作恶，背弃了神，失去了儿子的名分，然而，慈爱的天父却像牧人不肯丢弃迷失的羔羊那样，寻找、呼召罪人，像慈父一样为浪子的归家而欢欣（参见《马太福音》第18章第12节，《路加福音》第15章第4—32节）。

耶稣主张在神与人的这种施爱者与被爱者的关系中，天父的爱是无条件的，是一种充满自我牺牲精神的爱，他不因世人的背逆而受到任何影响，相反甚至舍弃了自己的独生子以拯救罪人。天父的爱也是绝对的，义无反顾的，他会爱他们到底（《约翰福音》第12章第1节）。因此，耶稣所主张的“天父的爱”是耶稣乃至整个基督教教义的基础，此思想被后人总结为“基督教之爱”，而“基督教之‘爱’（caritas/charity）这一抽象和普遍的核心价值观被置放于该法律体系（指教会法体系—笔者）的顶端，被认为是凌驾于具体法律条文之上的指导原则。”(注)

（2）爱神

敬畏耶和华是犹太教律法和信仰的核心，耶稣则主张，不仅要敬神，而且要爱神，神不仅是崇拜的对象，也是爱戴、亲近的对象，他要求门徒们追求与神同在，即“父在我里面，我也在父里面”（参见

《约翰福音》第10章第38节）的境界，因此，爱神和跟随耶稣是一致的。

（3）爱人如己

爱人如己是耶稣反复强调的、仅次于爱神的最重要的诫命。他认为爱人实际上是爱神的一个重要表现，他以此作为基督徒的一个重要标记。“我怎样爱你们，你们也要怎样相爱。”“你们若有彼此相爱之心，众人因此就认出你们是我的门徒了。”（《约翰福音》第13章第34节、第35节）。他甚至主张要“爱仇敌”。“你们饶恕人的过犯，你们的天父也必饶恕你们的过犯，你们不饶恕人的过犯，你们的天父也必不饶恕你们的过犯。”（《马太福音》第6章第14—15节）。他还要求门徒们不要与恶人作对，“要爱你们的仇敌，为那逼迫你们的祷告”（《马太福音》第5章第39—44节）。

（4）反对只重外表，忽视内心的形式主义的做法

耶稣强调对神的爱不在于形成而在于内心，“那真正拜父的，要用心灵和诚实拜他”（《约翰福音》第4章第23节）。耶稣多次批评只重外表、故作姿态的法利赛人，讽刺他们是“粉饰的坟墓”，“洗净杯盘的外面，里面却盛满了勒索和放荡”（《旧约·何西阿书》第6章第6节）。他教诲门徒说：“你们祷告的时候不可像那假冒为善的人，爱站在会堂里和十字路口上祷告，故意叫人看见……你祷告的时候要进你的内屋，关上门，祷告你在暗中的父……”（《马太福音》第6章第5—6节）。他还告诫门徒们，这种对神的爱也绝不是为了谋取物质利益，而是使灵魂获得拯救，进入永生。他那舍弃一切跟从神称为进“窄门”，指出“天国是努力进入的，努力的人就得着了”（《马太福音》第11章第12节）。

耶稣的这些思想的核心就是所谓“基督教之爱”，该思想既成为了基督教的基本指导思想，也成为了近代以来教会法的基本指导思想和原则。

3.《教会法典》的相关规定[注]

《教会法典》第206条第1项规定："慕道者因特殊理由与教会有关连，即在圣神的推动下，表示愿意加入教会，并因此意愿藉信、望、爱三德的生活而与教会结合，教会也爱之如自己人。"第215条规定："基督信徒得自由地创立并管理善会，以促进爱德及虔诚为目的，以推行信徒在世的使命，并得为共同达此目的而集会。"

（二）保障教会的权威和等级制度

《教会法典》第207条第1项规定："依天主建立的制度，基督信徒中有些人在教会内尽圣职，依法称之为圣职人员；而其它人则称为平信徒。"第1008条规定："在基督信徒中，有一些人因天主建立的圣秩圣事，为不磨灭的神印所标示，被立为圣职人员，即被祝圣并被委任，按每人的等级，以基督首领的身份尽教导，圣化，管理的职务，并牧养天主的子民。"第1009条第1项规定："圣秩等级分为：主教、司铎及执事。"。第274条第1项规定："惟圣职人员，能担任需要圣秩权或教会治理权始可执行的职务。"。第129条规定："1项－教会的治理权，由天主所制定，亦谓之管理权，依法规定，领有圣秩者为有治权的合格人员。2项－为治权的行使，平信徒得依法协助之。"

法典中所规定的神职人员所垄断的教会权威，在此被区分为圣秩权和治权。圣秩（ordo）在罗马法是指统治集团，2世纪以来用以专指神职人员；圣秩权是指神职人员施行圣事的宗教事务权力。治权（munus regendi）即指管理统治教会的权力。后者权力的行使者一般是教皇，而前者权力的行使者则可以是教会内部施行宗教事务方面权力的除了教皇之外的神职人员。

今天的罗马天主教和中世纪西欧的教会一样，依然是等级制，其权威的分布依然是高度集中，这与新教各教派形成了鲜明的对比。而

在基本的宗教信条上，天主教和新教在普世主义精神的影响下逐渐接近。注

（三）保障教皇的治权

《教会法典》第二编教会圣统制之第一组教会最高权力中之第一章教宗及世界主教团中第331规定，罗马教会主教享有主单独赐给宗徒之长伯铎的职位，此职位亦应传递于其继承人，因此教宗为世界主教团的首领、基督的代表、普世教会在现世的牧人；因此由于此职务，他在普世教会内享有最高的、完全的、直接的职权，且得经常自由行使之。第332条第1项规定：“罗马教宗由于其本人接受合法选举，同时已被祝圣为主教，而获得教会完满的及最高的权力。故此当选教宗者，如已是主教，其接受的当时即获得此权力，如当选者尚非主教，应立即祝圣为主教。”第2项规定：“教宗如辞职，其辞职得自由为之，且应适当表明，始能生效，但不需要任何人接受。”第333条第1项规定：“教宗由于其职位，不仅享有对普世教会的权力，而且对所有个别教会及其信众拥有职权的首位，藉此，主教们对托于他们照管的个别教会所有之正职权直接权力，一并得以巩固和保障。”第2项规定：“罗马教宗在尽其普世教会最高牧人职务时，常与其它主教们，而且与普世教会共融联合一起；但他有权按照教会的需要，规定执行职务的方式，即由其个人或与主教们集体执行。”第3项规定：“对教宗的判决和法令，不得上诉或诉愿。”第334条规定：“教宗在尽其职务时，主教们得以各种方法提供合作力量，其中有世界主教会议。除此以外，有枢机元老之辅佐，还有其它人士，和按时机需要而设立的各种机构；这些人士和机构，都以教宗的名义和权力，为所有教会的利益，依法律规定，尽受付托的职务。”第335条规定：“宗座出缺或完全被阻时，在普世教会治理上，任何事不可变更，但应遵守对这种情况所制订的法律。”不仅如此，教宗也是世界主教团的元首（第336条），世界主教会议也直接隶属于教宗权下，并且下列事项，由教宗作主：

1.认为时机适合，召开会议，并指定会议地点；

2.批准依特别法所选拔会员的选举，并指派、任命其它会员；

3.依特别法规定，在会议前适当时间内，制定应讨论问题的主题；

4.规定议程；

5.由本人或派他人主持会议；

6.结束、迁移、中止及解散会议。（第344条）

从《教会法典》以上的具体规定中可以看到，教皇（教宗）在天主教会中具有至高无上的权力。因此，教皇的治权是至高无上和不可侵犯的。

（四）保护教徒的基本权利

《教会法典》第二卷天主子民之第一编基督信徒中第212条至第223条集中规定了基督信徒的权利：

1.有权将自己的需要，尤其精神上的需要以及期望，向教会牧人表达。

2.根据自己的学识、能力及声望，有权利将其有关教会利益的见解表达给教会的牧人，并在顾全信仰和善良风俗的完整，对牧人的尊敬，以及大众的利益和个人地位的前提下，有权将之告知其它信徒。

3.有权利由教会的牧人，领受教会精神财富的帮助，尤其是天主的圣言和圣事。

4.有权遵照教会合法牧人所审定的礼仪规定，奉行对天主的敬礼，并遵循本有的神修生活形式，唯须与教会道理相符合。

5.得自由地创立并管理善会，以促进爱德及虔诚为目的，以推行信徒在世的使命，并得为共同达此目的而集会。

6.有权利自动自发，依照个人的身分和条件，去发展或支持使徒工作；但任何工作计划，非经教会主管当局的同意，不得擅用教会名义。

7.接受天主教教育，学习培养人格使之成熟，同时并认识救赎的奥迹而度此生活。

8.从事研究圣学的人，享有合理的自由去探究，并将其所擅长者谨慎发表己见，但对教会之训导须保持应有的顺从。

9.有选择生活中的身份，不受任何强迫权利。

10.不准任何人非法损害他人既得的良好名誉，亦不得侵犯个人维护自己的隐私权。

11.得依法争取，并按法律规定向教会主管法庭，维护其在教会内享有的权利。

12.在被主管当局传唤应讯时，有权遵照法律之规定，接受公平审讯。

13.基督信徒除非依法律之规定，有权不受教会刑法之处罚。

基督信徒虽然享有以上诸项权利，但是在行使自己的权利时，无论是个人或在善会内，应注重教会的公益，别人的权益及自己对他人的职责，并且，教会当局有权针对公益，节制基督徒应有权利之行使。（第223条）这样一来，既保障了信徒所应当享有的权利，也规定了信徒不得滥用自己的权利，不得再行使自己的权利时损害教会的公益和他人的权益以及自己对他人应承担的职责。教会对信徒滥用自己权利的行为，也具有节制和监督的权力。这反映了法典对信徒行使自己权利的限制和要求。这也完全符合世俗法律有关公民不得滥用权利的原则和精神。

（五）绝罚的目的是救治

1.绝罚的基本含义和来源

“绝罚”在《基督教词典》里解释为：“相当于开除教籍”。注其实在教会法中，绝罚的含义远不止于此。要理解绝罚这个概念，我们需要从绝罚的来源及其产生的背景来分析。

绝罚在中古西欧宗教、政治和经济生活中具有重大的意义。基督教中绝罚的来源，可能出自于《马太福音》第16章第15—16节中“你们往普天下去，传福音给万民听。信而受洗的必然得救，不信的必定被定罪”。在基督教历史上，在耶稣及其直接的门徒——十二使徒活动时期，基督教的组织主要依赖圣灵的感召力和耶稣作为领袖的超凡的魅力。但在耶稣离去之后，随着传教的扩展和新成员的大量涌入，单凭领袖们的个人魅力已经不足以保证宗教正常的秩序，教会开始逐渐制定出了一些教条、礼仪和原则，以维护教会的统一和秩序。中世纪的西欧教会则坚持和发扬了这些传统的教义、教条、礼仪及原则，对教会的成员的资格有比较严格的要求，他们把这一类教会的礼仪和法律制度看成是神意的体现，并且认为准确清楚地理解和表达正统的交易有助于防止和纠正谬误，认为冒犯权威和传统、违反教会制度和歪曲正统教义者理应受到处分，甚至被革出教会。这种处分教徒甚至将教徒革除其教籍的处分，即是教会绝罚的内容之一。但是，对于违反教义的教徒的处分方式，绝不止这些。中世纪教会也继承了诸如古希腊的“贝壳放逐法”、古罗马把某些罪犯排除于正常的社会生活之外以及犹太教所保持的隔绝某些违反律法的犹太人，禁止其他教徒与之往来等惩罚方法。而且，教会把绝罚和忏悔圣事联系在一起。忏悔人必须完成主教所要求的善工，在此之前不得与教徒们一起祈祷，也不得领受圣餐，但是这些被绝罚的人仍然要受到教徒们的关爱，他们要在教徒们的帮助和关爱下改过自新；而对于那些有重大罪过而拒绝悔改的人，神职人员和平教徒都要拒绝与他交往、接触，使其有羞愧感，以此敦促他悔过。注

但是，教会的绝罚体制在11世纪以前与世俗政权的统治界限并非十分清楚，加洛林王朝时期世俗政权介入到教会法庭的运作和绝罚的宣判，将绝罚变成一种国家的刑罚制度；而在王权式微的政治动乱中，教会则也时常以绝罚作为政治工具，以维护社会秩序，限制封建混战。教皇格里高利七世干脆将绝罚作为对付世俗王公的手段，以法律的形式规定，教皇和教会不仅可以对皇帝、国王和贵族处以绝罚，而且可以以此剥夺王公、贵族的统治权，宣布，在封君或国王受到绝罚时，他的封臣和臣民就自动解除了对他们效忠的义务。但鉴于这种措施会导致政治上的无政府状态，造成社会秩序的混乱，在教皇乌尔班二世时修正为只要求封臣在封君被绝罚期间暂不履行封建义务，一旦绝罚终止，原有的封君封臣关系立即恢复。

12世纪和13世纪的教皇为了加强对教会的统治，利用绝罚保卫神职人员和教会的财产，特别是借助这一制度镇压异端，维护正统信仰，从而淡化了绝罚的道德和宗教色彩，突出了绝罚的法律性质。1139年，教会提出了“自科绝罚”的概念，即某些罪行在犯狭隘之时，即自动导致绝罚。这种形式的处分方式成为教会打击异端的重要手段。其具体方式是：当教徒们知道了某人为异端分子时，就立即将他作为被绝罚者看待，不与他往来，直到他在主教的法庭上被洗清嫌疑。12世纪末和13世纪初，绝罚被区分为“大绝罚”和“小绝罚”两大类。前者由听取忏悔的神父给出，是对忏悔者所主动坦白的道德错误和罪过的惩罚，接受这种惩罚的教徒既不能领受圣餐，也不能参与其他圣事；后者是由教会法庭给出，受到教会法庭判决者，被排斥在众教徒之外，众教徒不得与之往来。根据教会法学家的解释，对那些不愿意主动悔改的教徒和拒绝出庭接受教会法庭审判的教徒都可以被处以这类绝罚。后来此种绝罚逐渐被用在了非宗教的司法事务之中，比如，在债务诉讼中，债务人在根据法庭判决还清债务之前，他不但失去一系列的社会权利，还不得已基督教的礼仪被安葬在教会的墓地。在他还清债务之前，不得解除对的其绝罚。此时的绝罚，已经成为了纯粹的法律工具，而没有了丝毫其原有的道德和宗教的意义。此种情

况一直到16世纪反宗教改革的浪潮兴起后，才被教会以法令的形式将绝罚与世俗司法的判决区分开来，并且坚决地禁止绝罚被世俗司法诉讼所滥用。注可见，世俗的司法与教会的司法有时也是互相渗透和互相利用的，在西方历史上，世俗司法无可避免地要受到教会司法的深刻影响，甚至可以说，在现代司法制度的建立过程中，也不可避免地受到了来自教会司法的深刻影响。

2.现代教会法中的绝罚制度

现代天主教会虽然仍然保留绝罚制度，但是，使用起来却是非常谨慎的。而且，即使使用绝罚制度，也往往以绝罚的目的——心灵的救治为前提和必要。教会法学家们已经明确地认识到，无论是教徒还是非教徒，违反世俗法的行为要由国家予以惩罚，只有违反了教会法才由教会法庭审判。绝罚作为教会处罚违反教规和教会法的教徒的处分手段，不能随意被用于世俗的审判之中。那样既混淆了教会法与世俗法之间的区别，更是对于教会神圣性的亵渎。因为，在当今世界，即使是在天主教国家，政教分离原则已成为一个不可逆转的历史潮流，且已经被当今世界所公开认可与遵守。因此，绝罚作为教会的处罚手段，在适用对象上，只能适用于受过基督教洗礼者；在处罚方式上，任何受到绝罚的教徒均不得领受和参与主持圣礼，不得领受圣物，所有受罚者在法律上都被排除在于其他教徒的共融之外，即要求信众与被教皇依法公开处以绝罚的人断绝社会往来；以暴力伤害教皇者，要受自科绝罚，并且教徒不得与之有任何往来。注

1983年颁布的《教会法典》大幅度地削减了1917年《教会法典》中的刑罚条款，1917年法典有220条涉及惩戒的教规（第2195条—第2414条），而1983年的法典却只有89条（第1311条—第1399条），只是依然保留绝罚和自科绝罚。注

根据《教会法典》的规定，天主教会有以刑罚处罚其犯罪信徒的天赋及本有的权力。（第1311条）这里的刑罚处罚即指所谓的绝罚。在该部法典中，绝罚被分为医治罚、赎罪罚、预防罚及补赎处分。

（第1312条）并明确规定，第1311条至第1333条所述的是医治罚即惩戒罚；第1336条所述的是赎罪罚；赎罪罚是指褫夺信徒某种精神或物质权益及符会教会超性目的之处罚；预防罚的目的在于防止犯罪；补赎处分则在于代替或加重罚。（第1312条）

（1）惩戒罚

凡受到绝罚者禁止从事以下各项事务：

①在弥撒圣祭或其它一切敬礼中，担任任何职务；

②举行圣事或圣仪或领受圣事；

③担任教会的任务或职务或行使治理的权力。（第1331条）

绝罚一经科处或认定后，犯者如违反前述第1款的规定，应禁止或中止其敬礼行为；但有重大理由阻止执行时除外，其治理行为无效，并依前述第3款之规定此行为不合法；禁止享受已得的特恩；不得有效在教会内承受尊位，职务或任务；不得将在教会中由于尊位，职务，任务而得利益及退休金据为己有。（第1331条）

（2）赎罪罚

赎罪罚又分为永久或定时或无定时的赎罪罚，其具体惩罚方式是：

①禁止居留于某地方或地区，或命令居留于某地方或地区；

②褫夺权力、任务、职务、权利、特恩、特权、恩宠、名衔及勋章，其为纯荣誉者亦同；

③禁止行使前述第2款所述的事项，或禁止于某地区内，或在某地区外行使之；

④罚调他职；

⑤撤销圣职身分。

但是，如果属于自科罚，其处罚范围只能包括前述第3款所列的赎罪罚。（第1336条）

（3）预防罚

具体包括：

①教会教长对有犯罪近机会的人，或因侦察而知有犯罪重大嫌疑的人，得亲自或经由他人予以劝告；

②对于其行为足以发生恶表，或使秩序受重大紊乱的人，得于斟酌其人及其事的特别情形后，予以谴责。

③对劝告或谴责的事实，应以文书确定之，并应将文书保管于公署的秘密档案内。（第1339条）

（4）补赎

具体包括：

①作出某种宗教、敬礼或慈善行为；

②教会教长进行善意的劝告或谴责。（第1340条）

但是，如果案件遇有隐秘性，则不得处以公开方式予以补赎。

3.绝罚的目的是心灵的救治

在教会法体系中，绝罚绝对不是最终的目的，绝罚的根本目的还在于救治犯罪者的心灵，以体现基督教之爱，体现对于犯罪者心灵的救赎，绝罚的目的是为了使犯罪人悔过自新，而非从精神上予以彻底摧毁。因此，在修订《教会法典》的过程中，对于绝罚的目的和行使的方法是有争议的。一些教会法学家认为，惩戒在教会法里是必要的，但同时又是次要的，绝罚，特别是自科绝罚，必须极其慎重地使用。教会成员既是受神恩者，同时又是受制于虚弱人性的罪人，因而，他们的行为有时难免会违反教会的法律，严重干扰教会的正常秩序和宗教生活。教会采取惩戒罚以纠正罪犯的错误和制止罪犯继续作

恶，同时也可以借此来敦促犯罪的人改过自新。但是，教会的绝罚，是教会应对罪恶的最后手段，非不得已不可施行。而且，自科绝罚如果仍然用以处分异已不再适合。因此，虽然1983年《教会法典》依然保留对背教者和异端分子等的自科绝罚，但是，一些教会法学家认为，量刑要有利于犯罪人的精神福祉，避免以过重的刑罚伤害教徒，妨碍他们端正信仰，甚至使得教会在作出处罚时，忽略了对于个案的特殊性的仔细考量和对于量刑的谨慎。以至于容易出现冤案和错案，更加伤及犯罪教徒那本已脆弱的心灵。在修订法典的过程中，上述意见虽然没有直接地体现在法典里，但是，法典第1341条规定："惟藉友爱的规劝、谴责或其它牧灵的关怀方法不能充分补救恶表，赔偿公义或纠正犯人时，教会教长方得以诉讼或行政程序科处或认定刑罚。"

为了体现绝罚的根本目的—心灵的救治的功能，法典还规定了一系列反映心灵救赎思想的法律条文。例如，第1344规定："法律虽用命令式言词，但审判官仍得按其良知及明智作下列行为：1.预见因急速处分犯人可能导致更大恶果时，得延至较适宜的时间处分之2.犯人已经悔改并已补救恶表，或已经由政府主管充分处罚或预见将受充分处罚时，得免除或减轻其刑或科以补赎；3.行为人平素行为良好，首次犯罪，且无补救恶表的急需时，得中止其受赎罪罚的义务；但于审判官所指定的期限内再犯罪者，应受二罪的罚，但为惩罚前罪的时间已过时，则不在此限。"第1345条规定："犯罪行为出于理智不健全，或出于畏惧，或急需，或出于感情冲动、酗酒或其它精神错乱状态者，如审判官认为使用其它方法更有利于其迁改时，得免除其罚。"第1346条规定："因犯数罪，而审判官认为待科的罚将累积过重时，得按其明智裁夺在相当范围内减轻其罚。"第1347条规定："1项－除非事先至少一次警告犯罪人抛弃其违法的意志，并给予相当的悔改期间者，不得有效科处惩戒罚。2项－凡真心改过，并对所发生的损害及恶表，已作相当的赔偿及补救，或至少诚心许诺作相当的赔偿及补救者，应视为抛弃违法的意志。"第1348条规定："犯罪人虽未被起诉或受罚，教会

教长仍得给予必要的警告或以其它牧灵措施，且得按情形，为犯罪人好处及公益，科以预防罚。”

这些规定既体现出了法典对于犯罪的教徒心灵拯救的目的和动机，也反映了教会法与世俗法之间的分工、配合与联系，例如，第1344规定第2项“犯人已经悔改并已补救恶表，或已经由政府主管充分处罚或预见将受充分处罚时，得免除或减轻其刑或科以补赎”的规定，就是一个极好的例证。因此，在当今西方世界，世俗法与教会法一般不会发生直接冲突，它们各司其职，实质上，它们各自从不同的角度和领域，共同承担着维护社会秩序和预防、打击社会成员犯罪的重任。只是二者各自侧重的领域和方面不同罢了。世俗法主要针对的是社会成员在社会生活中对于社会及其秩序的犯罪行为，世俗法律对于这类犯罪人的处罚主要体现在对于犯罪人的人身自由的直接限制和财产的扣除；而教会法则侧重于对于犯罪教徒在心灵、精神方面的惩罚和训导，这二者在实施上相得益彰，共同担负起了维护社会稳定和正常秩序的任务。这也是二战以来，西方社会得以相对稳定和持续发展的重要保障。而教会法对于教徒心灵的救治的价值观和目的，则是教会法的一个明显地有别于世俗法的主要标志和特征。

---

1. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第11页。

2. 以上教会和教会法的历史阶段划分，参见彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第16—17页。

3. 此处亦可见世俗法对于教会法的影响，以及二者相互吸纳、共同发展的关系。

4. 法典的前6条为本法典的制定者、适用效力和范围的说明，没有被列为信徒必须遵守的教规。具体内容为：

   第1 条 本法典专为拉丁天主教会所制定。

   第2条 关于举行礼仪行为的法则，本法典一般不加规定．至今通行的礼仪规章，仍继续有效，但与本去典相抵触者，不在此限。

   第3条 本法典绝不全部或局部撤销宗座与他国或政治社团所订立的协约，因此至今仍然有效，虽与本法典规定相抵触，亦不受限制。

   第4条 既得权利，以及宗座赐自然人或法人的特恩，至今使用而未收回者，仍维持原状，但本法典有明文取消者，不在此限。

第5条 1项－现存与本法典相抵触的普通或特别习惯，凡为本法典明文拒绝者，决予废止，且以后不得恢复；其余习惯，亦应废止；除非法典另有明文规定，或其适用已逾百年，或其年代无法追忆，经教长审断，因人地环境，不能取消者，可容忍之。

2项－凡无法律规定，至今存在的普通或特别习惯，应予保存。

第6条 1项－本法典生效之日起，下列法律取消。

1.一九一七年颁布的天主教会法典；

2.其它与本法典相抵触的普通或特别法；但对特别法另有明文规定者，不在此限；

3.任何由宗座制定的普通或特别刑法；但由本法典所接受者，不在此限；

4.其余纪律性普通法，其内容已由本法典全部重订者。

2项－本法典中之条文，其援用旧法者，应参照其传统的意义。

5. 《福音书》（英语：Gospel，希腊语：euangélion），是以记述耶稣生平与复活事迹为主的文件、书信与书籍。在基督教传统中，它通常意指《新约》圣经中的内容。狭义的说法则是专指四福音书——《马太福音》、《马可福音》、《路加福音》、《约翰福音》。

6. 后改为行省，即今巴勒斯坦。

7. 弥赛亚（天主教译作默西亚，英语：Messiah），是个圣经词语，与希腊语词基督是一个意思，在希伯来语中最初的意思是受膏者，指的是上帝所选中的人，具有特殊的权力，受膏者是“被委任担当特别职务的人”的意思，是一个头衔或者称号，并不是名字。在圣经时代，君王和祭司有时以受膏的仪式接受委任，当其时用香油倒在当事人的头上。弥赛亚指神的受膏者，相当于英文的“基督”。犹太教用这个词来指出自大卫家的拯救者，由他带领以色列国恢复大卫统治时期的辉煌盛世。新约圣经主张拿撒勒人耶稣（生于伯利恒）就是弥赛亚，因为耶稣的出现，应验了旧约圣经中的许多预言。

8. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第5—6页。

9. 本书中所引用的《教会法典》的各条文内容均来自于天主教图书中心图书网站http://www.chinacath.org/book/html/134/content.html中所载的法典全文。以下不再逐个标注。

10. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第194页。

11. 《基督教词典》，北京语言学院出版社1994年版，第274页。

12. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第312页。

13. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第314页。

14. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第314—315页。

15. 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第315页。

第三节
宗教对于法治的影响及其历史作用

一、宗教与革命

伯尔曼曾指出："每一次革命都以宗教或准宗教理想之名抨击先前的法律制度，每一次革命最后也都创造了建立在这种梦想上面的新的法律制度。"(注)我们可以从尼德兰革命、英国大革命等历史中，去寻找和论证一下伯尔曼的这一结论的是与非。或许我们可以从中得出更加令人折服和明晰的结论。

（一）尼德兰革命

16世纪初的尼德兰由17个省组成，各省享有一定的自治权，神圣罗马帝国皇帝派总督进行统治。当时，尼德兰是欧洲主要的文化中心，人民深受人文主义的影响。15世纪末，尼德兰文《圣经》已广为流传，到16世纪30年代，已有25种荷兰文、佛来米文、法文的《新约》译本出现。许多具有反封建、反神权的先进思想的人，开始利用《圣经》作为反对诸侯、贵族和教会的武器。1517年以后，路德、慈温利、加尔文等派的思想先后传入尼德兰，使尼德兰形成了三股政治势力——北方荷兰等省的新兴资产阶级和部分新贵族在宗教上接受最能反映资产阶级要求的加尔文派(注)思想，他们要求推翻封建统治，势力最强；旧贵族希望没收教产以加强自己的经济地位，保持封建土地所有制及各种特权，倾向路德派，后来又转向慈温利派；城市贵族和各行会的上层分子则支持罗马教会，反对改革。1521年之后，查理五

世下令在尼德兰查禁路德著作，镇压宗教改革，1522年在尼德兰建立宗教裁判所，禁止新教徒公开集会、私下阅读《圣经》、讨论有关信经、圣事、教皇权力和宗教会议权力等问题。1534—1535年，闵思特公社起义时，尼德兰北部几个省也发起暴动，遭到查理五世的残酷镇压。1550年，查理五世发布“血腥敕令”，宣布窝藏、帮助异端者与异端者同罪。查理五世在位期间在尼德兰处死的异端分子达5万—10万人。1564年，继承查理五世王位的腓力二世命令尼德兰总督继续镇压异端，致使大批新教徒外逃，工厂倒闭，商店关门，工人失业。1565年，与资产阶级利害相关的贵族组成“贵族同盟”，并向尼德兰总督递交了请愿书，要求废止“血腥敕令”，停止继续迫害新教徒，关闭宗教裁判所，撤走西班牙驻军，召开三级会议等。当时在场的一位总督顾问轻蔑地把请愿者称为“乞丐”，请愿者接受了这一名称，此后，尼德兰加尔文派教徒自称为“乞丐”。尼德兰总督把请愿书转交给了腓力二世，虽然腓力二世同意废除宗教裁判所，允许加尔文派的教徒在指定地点举行礼拜，赦免“贵族同盟”成员，可是，在1566年8月11日，尼德兰中部的一些工业城市中还是爆发了大规模的破坏圣像运动，有400多座教堂的圣像被群众捣毁，运动很快蔓延到北部和南部的12个省，参加人数达数万人。群众捣毁了教堂、修道院里的圣像、十字架、圣龛、祭器、圣物等，还焚烧了大量的书籍、教会债券、地契，没收了教产。自此开始了历时40年的尼德兰独立战争。在战争期间，起义者们组成“森林乞丐”、“海上乞丐”游击队，打击西班牙的军队。1571年，尼德兰加尔文派新教徒召开了第一次全国总会议，建立了长老会教会。到1572年夏天，起义者赶走了北方的荷兰和西兰两省的全部西班牙军队，1573年，北方各省先后宣布独立，建立政权，此时，北方7省事实上已经成为一个独立的国家。1576年，在北方人民胜利的鼓舞之下，南方人民在布鲁塞尔起义，逮捕了原市政务会议官员，另组三级会议。同年10月，南北方代表在根特召开三级会议，商讨南北统一问题。11月28日，双方缔结《根特协定》：废除旧政权的一切法令，南部各省仍保留旧教信仰，承认荷兰、西兰两省的新教信仰。1577年

底，除那穆尔省外，其他各省先后起义，加入“布鲁塞尔联盟”。1579年1月23日，北方各省与南方部分城市成立“乌特勒支同盟”，制定共同的军事、外交政策，宣布永不分裂。1581年，“乌特勒支同盟”三级会议宣布成立“联省共和国”，废黜腓力二世，以加尔文教为国教。1609年，西班牙国王腓力三世与联省共和国缔结12年休战协定，实际上承认共和国独立。联省共和国成为欧洲第一个资产阶级共和国。

在整个尼德兰革命中，起义者始终高举加尔文思想的旗帜，在斗争中，新、旧教徒并肩作战，因而，在西欧的新教国家中，尼德兰对于旧教教徒是较为宽容的，在共和国中，旧教徒虽然不准从政做官，不准举行崇拜仪式，但允许他们自由居住，也允许再洗礼派自由活动。因此，欧洲各国受到宗教迫害的人都逃亡尼德兰去，从而增强了尼德兰的国力。因此，西方学者一般将尼德兰革命列为宗教革命之列，认为是新教战胜了旧教的革命典范。但实质上，尼德兰是一场资产阶级民族民主革命，但是，宗教（新教）在这次反抗西班牙封建统治的革命中，起到了凝聚、团结、鼓舞和激励尼德兰人民坚决反抗西班牙封建统治的决心和毅力的作用。人民把实现自己的宗教信仰与实现理想的新的社会制度，紧密地结合在了一起。

宗教的力量在革命中起到的作用不可小觑。

（二）英国大革命

曾经有“日不落帝国”之称的英国，它的崛起也同样与宗教密不可分。特别是发生于17世纪中叶的那场影响了世界历史进程的英国革命，其起因就是因为宗教的冲突。因此，在西方学者的眼里，17世纪在不列颠群岛上发生的那场革命，是 “清教徒的革命”，即清教徒反抗天主教和封建君主制度的革命。但实质上，那次革命也是资产阶级新贵族与以国王为代表的封建贵族之间的阶级搏斗。只是宗教在此间起到了积极的促进和推波助澜的作用。其与尼德兰革命的共同之处在于——都是受新教的影响和作用，而区别之处在于——尼德兰革命彻底

摧毁了封建君主体制，成立了世界上第一个资产阶级共和国；而英国则保留君主的地位，最后实行了君主立宪制。英国革命的这一结果与英国在革命期间封建势力的反复复辟，以及英国人的相对于欧洲大陆人更加具有协商、保守、妥协和拘谨的传统有关。至今，英国人仍然游离于欧洲大陆和岛国的情结之间，比如，他们在加入欧盟后，居然又提出退出欧盟的想法。

除了上述的尼德兰和英国革命之外，美国的独立战争、南北战争和法国大革命皆与宗教有着密不可分的联系。

（三）北美独立战争

如果从第一批欧洲移民乘坐“五月花号”[注]帆船到达北美洲大陆算起，美国已经走过了近400年的历程。最先到达北美大陆的移民的最初的心愿就是希望能够在这块新的大陆上建立起实现神的旨意并为神所喜悦的一个新的天地。美国就是一个由新教徒创立的，建立在新教思想基础上的国家。这些新移民曾经引用《圣经·马太福音》里的“你们是世上的光，城建在山上是不能隐藏的”的话语，明确表明他们的目的是建立起一个体现世界之光的城。而且认为，他们是上帝选中的用来建设这个新的国家的选民，他们因此将受到上帝的祝福，并且体现上帝的荣耀。他们负有上帝赋予的神圣的使命——建立一个体现着上帝意志的、将世界引向光明和善良前景的伟大的国家。近400年来，这种天命意识一直是引领美国人民不断走向新的旅程的精神支柱和思想向导。

在独立战争期间及18世纪20年代，在美洲殖民地发生了一场宗教“伟大复兴”运动，[注]这场运动使得美国与英国在思想上脱离了关系，也进一步促进了美洲殖民地脱离英国而走向独立，为独立战争做好了思想上的准备。

美国独立战争的象征——《独立宣言》里说："人人都从上帝那里被赋予了一些不可转让的权利，其中包括生命自由和追求幸福的权利"，这是北美殖民地那些渴望独立的人们向全世界发出的强有力的呼声，也体现了他们"对上帝的庇护充满了信心"。

（四）美国南北战争

宗教信仰也是引发美国南北战争的重要原因。美国北方的基督徒们对美国南方的奴隶制的无比憎恶，终于爆发了那场严重的南北方的对立。废奴主义一直是基督教信徒的传统，而南方奴隶制度的存在，在北方基督徒们的眼中，是遗留在美国这个新生的自由世界身上的污点，是严重违背基督精神的无比罪恶的制度。因而，在当时的美国，众多的基督教徒都投入到了那场轰轰烈烈的废奴主义运动之中了。他们通过建立奴隶逃往的地下通道，将众多的黑奴输送到北方的加拿大；他们通过媒体营造废奴舆论，猛烈抨击奴隶制的黑暗与没有人道。在战争期间，众多的基督徒投入了战争，他们要用自己的行动与热血为美国的废除运动尽到自己的力量。战争的结果，就是颠覆和摧毁了国家高于个人的腐朽理念，为民主主义在美国的生根创造了基础和依据，从而使得民主体制中的三权分立原则在美国最终得以确立。

（五）法国大革命

与尼德兰、英国、美国的情况不一样，宗教之于法国大革命来说，则正好是一个相反的例证——革命摧毁了旧的宗教体系，建立起了新的教会（本质上仍为天主教会）体系。

在法国大革命期间，革命政府采取了许多措施试图铲除教会在法国的根基和土壤。比如，他们在国民会议中通过法案，将所有教会财产迳行没收充公，彻底废除了宗教税，改由政府对僧侣发放薪金；在议会颁布的《教士法》中，逼迫教士结婚，规定，此后主教及本堂神

父应由人民选举产生，而不再由教宗任命。此项法令，致使不愿意服从法令的神父有的被放逐，有的被监禁，有的甚至因此而殉教。

不仅如此，革命政府又开始了反对反天主教化运动教会。比如，修改历法，以1792年9月22日为共和元年，一年十二个月，一月三十日，每月共分三旬，每旬的第十日代替了礼拜天，也就变成了十天一周，藉此取消教会的瞻礼主日。后来，拿破仑竟于1809年将教皇国并入法国的版图，甚至将教宗俘虏至沙伏那，以便控制教宗行使教权。之后，拿破仑在征俄之役失败后，于1814年正月决定放回教宗。自此之后，天主教会仍然是法国的主要教会，只是自此之后，世俗政权不再受罗马教廷的指挥与干涉。

在法国大革命期间，教会之所以会成为革命的对象的原因，主要是因为，法国大革命的领导者们十分厌恶法国的旧制度，而法国教会则极力阻碍他们建立新的国家秩序，他们监视革命者们的思想动态，查禁进步作品。因此，革命者便把摧毁和打破宗教对于法国革命的束缚和羁绊，作为了自己的首要目标。除此而外，是由于基督教与政治权力和制度搅和在了一起，人们把旧宗教当成了法国封建制度的精神支柱，认为，推翻现有的宗教体制是推翻现行政治制度的前奏和前提，因为，他们认为革命前的宗教已经成为了旧制度的保护伞和革命的阻力与障碍。在大革命的整个过程中，革命者已经抛弃了《圣经》，而把卢梭的《社会契约论》奉为了革命的“圣经”。

正因为如此，法国大革命素以宗教革命而著称于世。西方学者认为，法国大革命是一场反对旧的宗教体制的革命。而实质上，法国大革命是以宗教革命的方式进行的一场政治革命，它的任务不是建立一种新宗教，而是要推翻法国的封建制度，建立资产阶级的共和国。只是为了赢得人民对于革命的支持，而把旧宗教当成了革命的牺牲品，把反对旧宗教体制当成了革命的前驱和由头。事实上，在革命之后，直至今日，天主教仍然是法国民众所信奉的主要宗教，法国仍然是信奉天主教的欧洲大国之一。

由此可见，在人类社会发展史上，宗教与革命的关系是密切相连的，二者往往相互影响、相互作用于社会的改造和发展，而社会改造与发展的重要结果之一就是法治必将得到一个飞跃式的进步。没有社会制度的改变，也就没有法治的更新与发展，这也就是我们在研究人类社会法治进程的过程中，必然要关注宗教与政治的关系及其发展历程的根本原因。将政治、法律、宗教三位一体，才是研究人类社会发展进程的科学态度。

二、宗教教义的基本理论思想与西方国家法治理念的形成及发展

作为一种社会历史现象，宗教早在原始社会就已经存在，其远比法律起源的时间要早。当时，除习惯、道德等之外，宗教意识往往成为人们共同遵守的社会规范，在维护原始人的共同生活，调整人与人之间的相互关系方面，具有重要作用。从法律起源的过程看，正如本书第一章中所论述的那样，法律真正起源于原始社会的习惯、习俗和公理及道德要求。而这些习惯、习俗和公理及道德要求则正是法律的源头。而且，在人类早期社会里，法律与宗教是无甚区别的。例如，在古希腊的早期社会里，著名的特尔非神谕（Oracle of Delphi）就被当作是传布神意的权威性声音，它往往为法律和立法问题提供咨询。立法和审判方式中也渗透着宗教礼节，僧侣在司法过程中起着重要的作用。在那时，国王虽然是最高裁判官，人们深信国王的职责和权威是由宙斯亲自授予的。但是，执掌国家祭祀大权的大祭司就是司法官，他直接对国王负责。

在古代希腊文化中，宗教神话具有超常的影响力，如从人们所熟悉的荷马史诗中，我们不难感受到这一特点。美国著名法学家博登海默在分析这一时期希腊的法哲学时认为，当时的法律被视为是由诸神颁布的，这些法律被认为是通过神意的启示才为人类所知的。在荷马

史诗中我们也能发现一个重要的现象，那就是，不仅是奥林匹克的神祇们，就连希腊神话中的最高神——宙斯也要服从的“运命”，“运命”对于整个希腊的思想起了极大的影响，而这种冥冥中的“运命”，实质上就是一种自然法则，一种自然法律，因此，在那时的希腊人的思想里，既承认奥林匹克山众神，尤其是宙斯对人的权威，又相信人和神都受某种“运命”的支配。在这里世俗法和宗教法实际上是并存的，这种法律与宗教的二元论思想，是古希腊法律思想中一个十分重要的现象和问题。在伯里克利时代出现的希腊著名悲剧《安提戈涅》，即生动地描写了这两种法所发生的尖锐的冲突。关于此事的具体经过，本书在第三章的第一节中已有详细的叙述，这里所要强调是，这出悲剧生动地反映了当时的希腊社会中的一个现实情况——世俗法和宗教法并存，并且两者也发生过剧烈的冲突和碰撞，即国王所颁布的世俗法与所谓的自然法则或神法之间的冲突：国王克里奥禁止安提戈涅为她的哥哥波利尼克斯举行葬礼，原因是波利尼克斯触犯了国法，为了防止有人安葬安提戈涅的哥哥波利尼克斯，国王专门又颁布了不许任何人为死者举行葬礼的法令。但是，安提戈涅勇敢地违抗君命，冒着将被处死的危险，按照希腊的宗教仪式为其兄举行了葬礼。当国王命令她陈述理由时，安提戈涅义正辞严地回答：她的行为虽然违背了国王的法律，但是并未违反不成文法即自然的法则或神的法则。虽然最后安提戈涅被处死了，但是，却给后人留下了无限的发挥想象和议论的空间。

在古希腊的哲学遗产中，自然法思想无疑使希腊哲人遗留给后人的一个极其重要的思想，也是他们对于人类文明一个永恒的贡献。在古希腊哲学家赫拉克利特（约公元前535—公元前475年）和亚里士多德（公元前384－公元前322年）的思想体系中，就已经包含了自然法的理论。如赫拉克利特就将自然法称为“神的法律”，认为人类的一切法律都因那唯一的神的存在而存在，神的法律随心所欲地支配一切，满足一切；而亚里士多德在自己的正义论和关于法律分类的理论中也提出了不少关于自然法的观点。但是，系统明确阐述自然法理论的，

则是古代希腊的斯多噶学派。斯多噶学派关于自然法是个人的和普遍的本性、顺从自然生活、自然法是法律和正义的基础以及自然法适用于世界上各个角落芸芸众生的基本思想，对后来的西方法学（既包括宗教法也包括世俗法）的发展产生了巨大和深远的影响。

在古罗马时期，罗马人家庭宗教的观念也是罗马人遗留给后人的一笔重要的遗产。它使罗马人给自己的家宅带上一定的宗教神圣色彩，尤其是对祖先神灵的崇拜使他把自己对家长的责任提升到神圣重托的地步，宗教情感遂与法律上的义务融为一体。这也使罗马人养成了在以认真执著的态度对待自己的宗教信念的同时，遵纪守法、强调纪律性也同样地流入了他们的血液中，并且流传给了他们的后代和西方社会。所以，尽管罗马宗教的内容异常简单，但是，它对罗马社会产生的精神力量却是相当强烈的。因此，这也就造成了罗马时期曾经出现过管理大量金银财富的官贵却基本上能够保护廉正之风，因为他们信守对神明的誓言，誓言要求他们始终忠于职守，忠于他们的国家和所从事的事业。甚至在罗马人的有关文献记载中曾出现过，要在这些官吏中寻找一个侵吞公共财物，或者犯贪污或者不廉政的这类错误的人都相当困难的记载。这就是宗教与法律相结合的产物。

在基督教成为欧洲国家的官方信仰之后，以基督教教义为指导的教会法曾长期处于欧洲社会规范的核心地位，神学成为一切意识形态的最高表现形式和集大成者。教会法与神学教义、礼拜仪式和各种圣事、圣礼交织在一起，具有神圣性和普遍性。而世俗法在很大程度上则分散在政治、经济、社会文化的习惯之中，并且必须合乎教会法的原则。比如，皈依了基督教的欧洲各主要部落的统治者都先后整理颁布了各自的部族法律，但这些法律必须符合基督教圣经中“摩西律法”与“十诫”的原则。教会法是教会的实在法，但罗马法却不是西欧任何政治实体的实在法。罗马法作为一种法学理念，只有通过法学家的解释或者通过立法才能融入西方世界的实在法。

应当说，在十一世纪之前，在西方社会下层流行的主要是血亲复仇法、决斗裁判法、水火裁判法、宣誓断讼法等。这些即所谓当时的“世俗法”。这些世俗法完全建立在世俗的基础之上，没有专业法官，没有职业律师，没有制度化的法律。这种情况直到1075年才有了一些改变。当时，教皇格里高利宣布教会在政治上、法律上完全独立，各级教会只服从于罗马教皇而独立于各国的皇帝、国王、诸侯、领主。其法治史上的历史意义在于——西方各国出现了神权与王权两套不同的权力体系，世俗法从此得以从教会法中独立出来，并通过后来对教会法的模 仿、与教会法的竞争，逐渐演变为能够与教会法分庭抗礼并最终取代教会法、主导人们日常生活的现代西方法律体系。因此，教会和教会法是西方人所建立西方现代法律制度的基础和渊源。其最重要的标志，就是自11世纪开始那场，使宗教与法律逐渐从形式上的合一演变为完全分离的两个领域的革命性的运动。但是，若从世界法治史的发展来看，在西欧的中世纪时期，实为一个“法律多元”的时代，那就是世俗法与宗教法并存，世俗的法律精神与宗教的信仰并存。

纵观中世纪历史，在传递古代希伯来法、希腊法乃至罗马法方面，特别是在对于查士丁尼的《民法大全》的接受乃至与日耳曼法的交互影响和交互作用方面，教会功不可没。在西罗马崩溃之后，教会这一“千年帝国”实际上是罗马文明的传承者和播种者，首先这是因为，在那时，普通民众大多属于文盲，甚至处于蒙昧、无知的境地，只有那些教士和主教们才能够享受到正统的、系统的教育，他们不仅掌握着民众的精神世界，而且还是人类文明的传承者和研究者。正是他们借助于能够享用各个大学（大学也仅以传播和教授基督教教义和知识为主）和教会的图书馆以及进入各研究机构的先决条件，而将古代西伯来人、古代希腊人和罗马人所创造的文明予以整理、翻译和传承下来。如果没有这些神职人员前仆后继的不懈之努力，哪里会有后来所谓的文艺复兴的兴起？特别是中世纪的教会法对于后来西方法律制度的发展起到了极其重要的影响和促进。后世法学中所出现和发展

起来的诸如物权法、债法、财产取得方式的概念及理论，以及占有、对于法定时效上的善良诚信、代理、遗嘱、法人、犯罪和惩罚等的概念，刑事诉讼法、证据法，等等，乃至国际法的最初产生，这些都应当归功于教会法家学和神家学的贡献。例如，他们所提出的诸如“上帝休战”、“上帝和平”的理念就是国际法思想的重要来源；近代国家的观念，也可以认为是由中世纪教会法家学关于教会体制的观念所发展而来的。教会在意大利所创立的“教皇国”，在当时已经成为一个较当时欧洲任何封建王国都更为完备和健全的行政组织系统，它实质上已经实行着以教皇为首脑的中央集权制度，并行使着立法权、司法权、财政税收和指挥“圣战”的权力等。教会所创立的教皇国实质上也成为了后世世俗国的样板和实验基地。至于那些由教会所强调的“法律面前万人平等”原则，不仅仅对于近代西方的政治和法律制度的构建产生了无比巨大的影响，而且它们也是近代西方法律思想的滥觞与摇篮。因此，完全可以说，没有宗教的思想与实践，也就没有当今的世俗的政治与法律思想及制度。在西方民族国家法治理念的形成及发展过程中，教会的贡献不可抹杀。

当然，毋庸讳言的是，在中世纪之前，罗马天主教所倡导的一些核心思想，对于当时正在欧洲逐渐形成的新兴的资产阶级的发展是起着明显的阻碍作用的。特别是天主教会内部的极度腐败和无能，激起了一些原来信奉天主教的教徒的极大的不满和愤慨。正是在这样一个大背景之下，自16世纪开始，在欧洲各个国家纷纷开展起来了轰轰烈烈的宗教改革运动。而由加尔文宗的创始人加尔文领导的，发生于16世纪中叶在瑞士开展的那场惊心动魄的宗教改革运动，不仅创立了人类历史上第一个资产阶级共和国的雏形——神权共和国，而且，还使加尔文主义迅速传遍欧洲，从而更新和改变了西欧社会的政治、法律、经济观念，有利地促进了欧洲资本主义的发展与西方国家法治理念的形成。

约翰·加尔文（John Calvin，1509—1564年），1509年7月10日出生于法国巴黎东北93公里的努瓦营镇。其父拉尔德·肖文是当地主教的秘

书，兼任地方财政官。少年时代的加尔文作为主教亲戚家年轻子弟的陪读接受了良好的教育。曾就读于巴黎大学，先后进入马歇学院和蒙太古血缘学习，专攻文学，于1528年获得文学硕士学位。后由于他父亲与当地天主教教会因财产纠葛关系破裂，他又考入奥尔良法学院转而学习法律，师从法学家皮埃尔·艾斯特伊利（1506—1571年），精心研究罗马法，这也直接影响了他后来将相关的研究和学习成果应用到其对神学与伦理学的改革中。后他又前往布鲁日学院，师从人文主义者阿尔西亚提（1493—1550年）和路德派的格勒马尔（1496—1561年），受到了人文主义思想和马丁·路德学说的深刻影响，并获得法学学位。在其父亲逝世后，他又进入法兰西人文主义学院专攻希腊文、希伯来文和古典文学，并集中精力以人文主义的方法研究《圣经》。通过阅读分析天主教的原文经典，探索适应法国社会发展的宗教改革理论，他逐渐地由一位经院哲学学者转变为一位人文主义学者，并立志要献身于人文主义事业。

他于1532年发表了他的处女作《塞涅卡的仁慈评注》，文中把“专制”定义解释为“违反人民的意志”。这篇论文被认为是人文主义的典型作品。1536年，他又发表了反映和集中了他的系统的改革思想的名著《基督教原理》。他在该书第一版的前言中向法王表示：“假定陛下甘受小人蒙蔽，不听我们申辩，仍对我们任意迫害——监禁、拷打、用刑、抄查、火烧，那我们这群待宰的羔羊，也许会铤而走险。”[注]1539年、1559年他又分别对该书作了两次修改，1559年的最后一个版本比初版增加了5倍。全书分为四卷，分别对圣父、圣子、圣灵和教会进行了神学讨论。全书以“绝对预定论”[注]为核心理论，这一思想成为他在日内瓦进行宗教和社会改革的指导原则。

为了实现自己的宗教改革的主张，加尔文于16世纪30 至50年代，奔波于法国、意大利和瑞士各地，宣传其思想理论，寻找实现他的改革思想的机会。

日内瓦是瑞士法语区的首府，不仅经济发达，而且在政治上具有极大的独立性，因此成为瑞士宗教改革的中心。瑞士地处法、德、意三国交界处，境内以山地为主。其利用其独特的地理交通的特点，使得其在国际贸易中获得了极大的利益。由于经济发达，封建关系较之法国和德国也十分薄弱，存在着大量的自由农民。在城市中，市民资产阶级正在兴起，但是在政治上大多受到封建豪绅和行会寡头的排挤，因而，他们改革现存的制度的要求十分强烈，从而促成了瑞士宗教改革的热潮。在加尔文从事宗教改革之前，在瑞士德语区首府苏黎世便出现了慈温利的宗教改革。[注]1536年，加尔文开始在日内瓦圣彼得大教堂传教。他首先发表文章力主针对当时世风日下、道德败坏的日内瓦进行改革。他规定所有的放荡行为均在取缔之列，违背必纠，轻则处以禁锢、罚款，重则游街流放或处以死刑。这些激烈的改革措施引起极大的震动，一部分天主教势力策动大议会解除了加尔文的教职，勒令他于三日内离境。第一次改革就此失败。但是，面对天主教卷土重来之势，新兴资产阶级最后还是选择了继续支持加尔文改革的道路。1540年日内瓦宗教改革派重掌政权，1541年5月，日内瓦议会取消对加尔文的驱逐令，宣布恢复其名誉地位和职务，劝说加尔文回日内瓦继续支持宗教事务。同年9月，加尔文应邀重返日内瓦领导宗教改革及市政工作，开始了其第二次的改革活动。加尔文在日内瓦进行的改革主要内容为：

1.废除天主教的主教制，建立长老制；教会圣职只包括牧师、长老和执事；长老一般由有威信的平信徒担任。长老会议，由各教区民主选举的代表组成，归市议会直辖。教会设立由长老会议和6名牧师组成的宗教法庭，在加尔文的指导下审理各种案件。教会的领导机构是市和地方教区两级牧师团体，市级牧师团体由各教区首脑组成，负责统辖各教区牧师团体。加尔文从1542年至逝世前一直是这个团体的主席。

2.简化宗教仪式，宣布《圣经》是信仰的唯一依据，在圣事中只施行《圣经》所记耶稣亲自设立的洗礼和圣餐礼。

3.取缔演戏和赌博，提倡节俭，反对奢侈，严禁一切浮华享乐的行为。

4.改组市议会，将日内瓦划分为数教区，各教区均由长老和教区的牧师团体处理政务，日内瓦市议会由长老、牧师和上层市民组成，是最高的行政机构，拥有司法权。政权的形式按照加尔文政教合一的“神权共和国”模式建设。

5.鼓励经商致富，宣称做官执政，蓄有私产，贷钱取利，同担任教会职务一样，均可视为受命于上帝。

6.加强立法，整顿道德风纪。通过各种立法，详细规定了人们的道德行为标准，严禁赌博、耍牌、酗酒、跳舞、拥抱接吻、唱非宗教歌曲、举行豪华宴会、穿着奇装异服和各项奢侈生活。法令还对衣服的颜色、长短、酒席菜肴之数量、丰盛的程度作了详细规定。禁止上演戏剧、禁止黄色书刊和异端书刊。对于违反法律的行为，初犯者给予警告训斥，再犯者被处以罚款，累犯不改者受监禁、充军，乃至处死。在1542—1546年间，因违反道德法被充军者76人，处死者58人。[注]

经过加尔文的改革运动，日内瓦无妓女，无乞丐，基本上没有了赌博，人人相互劝勉，有如弟兄手足，法庭没有诉讼，社会上基本没有犯罪行为。同时这里也没有了娱乐活动，没有了豪华的圣物、圣袍、圣画等奢侈品。但是，这里工商业发达，经济发展很快。[注]

加尔文的宗教改革思想在资本主义发展较快的国家获得广泛地传播。加尔文宗的思想直接影响了尼德兰、英国和法国的宗教改革与革命。16世纪30年代，加尔文的思想已在法国流传，特别是在法国南部的社会下层人民，部分资产阶级和反对天主教的中、小贵族中影响较大，并得到知识分子和下层神父的支持，形成了全国性的新教教会，

该教会被称为胡格诺派，以至于胡格诺派与天主教派发生了长达30余年的武装冲突，史称“胡格诺战争”，直至1598年法王亨利四世（1589—1610年在位）颁布“南特赦令”，法国新教始获得合法地位。加尔文思想在尼德兰成为资产阶级反抗西班牙统治的斗争的旗帜。正是在加尔文宗的旗帜的召唤和引导之下，17世纪初，经过尼德兰人民的长期浴血奋战，西班牙被迫承认尼德兰北部独立，世界上第一个资产阶级共和国由此诞生。加尔文宗在英国的传播，导致了1640年英国的资产阶级革命。该宗派后随海外移民传至美洲，在18世纪北美独立战争中，加尔文教徒成为骨干力量。

加尔文主义除了对西方社会形成积极进取的人生价值观念、忠于职守与提高效率的观念、机遇观念、勤奋节俭观念、珍惜时间观念、商品经济观念等产生了积极的影响之外，尤其还对西方民权思想观念的形成产生了极其重要的影响。

中世纪天主教神学否认世俗权力的地位，更不承认个人的权力。加尔文则提出并实践了以信徒选举产生长老制教会。根据其主持制定的《教会章程》的规定，日内瓦的教会设置四种职务，即长老、牧师、教师和执事。长老为一般信徒的领袖，由日内瓦议会选举产生，负责维持教会秩序，监督教徒生活、道德纪律以及管理教会。教会的权威机构由12名长老和5名牧师组成长老会，独立行使教会的司法权。长老制打破了神职人员对于司法权的垄断，这是资产阶级反对封建封建专制、实行民主共和政治在宗教上的反映。加尔文事实上成为日内瓦神权共和国的最高领袖（总统）。他提出，人民的统治权是最后的根据，人民也是法律的最后根据，在必要时，人民可以进行暴力革命，来推翻不称职或者对人民施以暴政的政府。这一主张包含了近代民权思想，以及资产阶级所宣称的民权至上、宪法至上的民权思想和法治观念。被公认为加尔文主义派的国家学说大师、严格的加尔文主义者，荷兰的阿尔特胡修斯（1557—1638年）在其1603年出版的代表作《政治方法论》中，系统地论述了主权属于人民，全体人民均自由平等，人民是国家与社会的主人的学说。[注]该学说有力地打破了君权

神授论，是英国、法国、美国等国资产阶级革命和独立战争的有力的思想基础和渊源之一。

因此，正如美国法学家伯尔曼所说的那样："法律不断演进的观念，它的跨越许多时代而有机发展的观念，本身就是根植于犹太教和基督教的宗教观念。"注

三、教会法体系与西方国家的法律体系

中世纪之前后，教会所创立的教会婚姻法、教会财产法、教会社团法、教会继承法、诉讼法、刑法以及司法程序方面的实践与楷模等涉及人们日常生活的各个方面的法律，皆成为了后世世俗法律制度的滥觞与楷模。

20世纪意大利最伟大的罗马法学家之一的朱塞佩·格罗索（1906—1973年）认为，在古代罗马，世俗法学在本质上仍保存着祭司法学的威望和权威。实际上，法最初被视为祭司们专有的知识，只有他们才能够对法律疑难问题予以解答。祭司对圣法（jus sacrum）的垄断从公元前三世纪一直持续到公元前一世纪中期。早期的祭司法学，其在形式上并不创制规范，因为它不具有制定规范的权力，但是，它提示规范，把规范纳入适当的结构，并适用于具体的情况之中，进行解释工作。它以一种研究的态度，提醒和要求人们遵循这些规范，并且不断地在丰富着它们。

宗教成份在早期的刑事处罚中占有较大的比重，这首先表现为对于触犯神明的罪犯普遍适用献祭刑（consecratio），即：将犯罪人开除出共同体，让其在被遗弃中赎罪，或者让他落入神的权力之下，接受神的报复。因而受刑人可以被任何人白白杀死。献祭的对象，除了犯罪人的人身外，还可以是犯罪人的财产，亦即将其财产划归寺院所有。献祭刑实质上也是平民借助神圣约法来维护护民官不可侵犯性的

制裁手段。根据这种刑罚的宗教成份，那些杀死被法律遗弃者的人将不被视为杀人犯而不会受到法律的制裁。

在罗马帝国内部，基督教的影响不仅仅局限在法的领域，它也影响着人们的观念和法的规则。查士丁尼在《法学阶梯》中将自然法同神明联系起来，即反映了基督教对于法律的影响。在奥古斯都的婚姻立法中也可以看出基督教的仁慈美德，教会对于再婚的厌恶，以及对离婚的限制和制裁的精神，同样体现在了世俗法中。因此，在当时，基督教信仰应当是贯穿立法的基本精神和基本要素。其中，世俗法中所表现出来的“自由权优先”原则、父权的严厉程度有所缓和、出于对债务人的怜悯与照顾债法因而变得宽和，等等，这一切世俗立法都反映了宗教教义和教会法对于世俗法治的深刻影响。

广义上的教会法，是指收集在各种教会法汇编和法典中的神律训谕。教会法的基本渊源包括以下四个方面的内容：

1.《圣经》，系基督教各教派法律的总源。《圣经》中奠定的基督教法的基本理论是——创世说、原罪说、赎罪说和天堂地狱说等。《圣经》既是教会立法的权威性根据，也是宗教法庭以及世俗法庭审判的准则。

2.宗教会议的决议、法令与法律集。

3.罗马教廷教皇法令集。

4.罗马法和日耳曼法的因素。

而在中世纪时期，法律与宗教是密不可分的，教会法正是二者结合的产物。教会法（或称寺院法）最初只是在教会内部为了对教徒之间所发生的争议所作仲裁的规定或对教徒的戒律，以后其管辖权逐渐超出了其以前之限度，而扩张于世俗社会之中。

教会组织和教会法是在罗马帝国的社会氛围中成型的，不可避免地会受到罗马法律文化的熏染。教会学者在描述基督教及其制度时借用了拉丁文的词语，包括罗马法的术语，比如ius，ordo，potestas et auctoritas。教会在罗马帝国的环境内运作，在处理许多与世俗社会有关的具体事务时也应用到罗马法，罗马社会的法的观念和精神也渗透到基督徒中间。罗马法的某些概念和程序法的一些原则，传承到教会许多的教令集中，为教会法所吸收。例如，卜尼法斯八世《第六书》中的律法规则就直接取自《民法大全》最重要的部分——《学说汇纂》。但是，12和13世纪的教皇教令则明令，罗马法仅能起到辅助教会法的作用，教会法可以借用罗马法的一些条款，但不可以系统地接受罗马法，教会法庭也只有在没有相关教会法条文可以引用时，才可以援用罗马法规则，而且这些规则不能违反基督教教义，也不能和教皇的意见相左。所以，欧洲曾有古语："不懂罗马法的教会法学家不值一文"。但是，我们不能机械地去理解这句古语，而是要在上述的前提下，去正确地理解罗马法对教会法的影响及其相互作用。注

公元9世纪中叶，出现了一本教会法令集，据称其出自7世纪西班牙塞维利亚主教伊西多尔之手，故称《伊西多尔教令集》。这本《教令集》汇集了当时流传的自克雷芒一世（Clemens I，约88—99年在位）至格列高利二世（Gregory II，715－731年在任）历任罗马主教的书信和一些会议文件。《教令集》除了宣示教皇和教会的权威之外，还宣称，教权高于政权，主教只服从教皇，不服从政府。可见，该《教令集》是中世纪教会为加强教皇权势、摆脱世俗政权的控制、维护主教职权和教会财产的文献依据，是教权与皇（王）权斗争时的有力武器。

教权与皇权的斗争由来已久。整个中世纪史实质上就是一部教权与皇权的斗争史。早在公元6世纪，教皇格列高利一世就曾以奥古斯丁（St. Augustine，354—430年，著有《上帝之城》）的著作为依据，主张世俗政权必须服从教会，且他本人在当时拥有了一定的世俗权力。在他以后的教皇又以"两剑说"来解释教权与皇权的关系（一剑司惩罚

即世俗权力，另一剑司拯救即教权），声称“两剑”均属于圣彼得，而教皇是彼得的继承人，故而教权与皇权都属于教皇，教权高于皇权，教皇高于世俗君主。随着教皇权势的扩大，教会上层人士对世俗统治者控制教会的做法日益不满，他们不仅设法摆脱封建主的控制，而且还力图使教权凌驾于皇权之上。另一方面，一些不满于教会中各种污秽、腐败行为的教会改革派人士，也把有关弊端归咎于世俗权力对教会的干预，主张限制世俗皇权，强化教权。教俗之争在11－15世纪尤为激烈，一度曾达到白热化的程度。其中，始于11世纪晚期的教皇格列高利七世（Gregorius VII，1073—1085年在位）与德意志皇帝亨利四世（Heinrich IV，1050—1106年，1056年—1105年在位）之间就主教叙任权（即授任主教和修道院长等高级神职的权力）等问题展开的斗争颇具典型意义。这次教俗之争（又称授职权之争）持续了数十年，最终在德、英、法等国以教俗双方的妥协而告终。直至1122年的《沃尔姆斯协约》，才总算给这场争执划上了一个句号，其最终的结果是——教皇和皇帝都无法维持他们早先的要求，他们各自都作出了让步。

当然，就法律与宗教的关系来讲，王权与教权在兴起之初是互相紧密合作的关系。教俗之间的联合主要表现在以下几个方面：首先，两者在诸如十字军、镇压异端等问题上密切合作；其次，大批有文化的教士为国王政府服务，在王权集中的过程中的作用愈益明显。此外，由于教权集中早于并且快于政权集中，故而教权还为世俗政权的法制建设、国家政治制度的发展以及等级会议赖以产生的等级和等级思想、骑士精神的孕育等显示了典范作用和强烈的影响力。所以，在中世纪的西欧，形成了一种世俗法与教会法二元并存、相互竞争的格局。世俗法可分为王室法、封建法、城市法、商法与庄园法等。这套法律体系的建立，离不开教会中教士的大力协助。因此，在西方的法治发展历程中，世俗和宗教这两股力量是其发展的共同动力和源泉。

美国法学家伯尔曼认为，教会法本身就是一部体现爱的律法。爱需要法律，而帮助人类创造爱既是法律的首要目的，也是法律的正当

性之所在。他指出，美国联邦宪法规定了言论自由以及宗教信仰和宗教传布的自由；这就给了爱的信徒一个传播其信仰的成功的机会。税法准许慈善捐款免交所得税，从而鼓励了对有困难的人援之以手；学校法推行强制教育，因而提高了识字率，这样就可能有更多的人阅读《圣经》；惩治重婚的法律有助于保护妇女免遭某种形式的压迫，并且巩固了家庭；财产法和城市规划法、城市复兴法和抵押法则有助于克服城市里的过分拥堵；契约法有助于创造商业交易中的信任条件。如果没有这些法律，爱就会被迫置身于社会混乱之中。仅有法律尚不能创造出爱，而爱要在社会中发挥作用，则不但要求法律作它的准备，还要求法律作它的媒介。[注]这里也反映出了法律与宗教的关系。

我们从美国的建国以及发展历程中，同样可以看到教会和教会法在美国建国和构建美国法律制度中的作用和贡献。美国，这个主要由移民构成的国家，早在殖民地时期，宗教生活就是当时社会生活的重要组成部分。有学者认为，美国文化的形成与发展，是与基督教文化的导入与传播结伴而行的，美国文化的各个层面都渗透着基督教文化的影响，距今已有400年的历史著名的“五月花号”公约可以说既是一份社会契约，也是一份宗教誓约。“五月花号”精神的精髓和核心就是鼓励广大移民战胜天灾人祸的斗志，就是这些移民敬业守法的动力。虽然今天的美国业已成为世界上物质生活高度发达的国家，但同时也被人们视为宗教信仰最虔诚的国家。目前遍及城乡的30多万个教堂就显示出宗教在今日美国社会中的地位与影响。

美国的政教关系在1791年通过的宪法第一修正案中就有明确的规定，即：国会不得制定相关的建立宗教或禁止宗教自由的法律。这既是政教分离的宣言，也是体现美国政治对于宗教的基本态度。在美国，宪法和法律保障民众有充分的宗教信仰的自由，宗教信仰自由被列入到人的最基本的权利之中，并形成了社会各界的一致认同。在美国，三大主流宗教（天主教、新教和东正教）的共同经典《圣经》是最普及、最实用的书籍，它既是教徒们崇拜的圣物和现实指南，又是国家官员举行盛大典礼活动的神龛和寻章觅句、圣化自己立场、理论

和行为的经典。在总统就职典礼中，不仅要由著名牧师主持祈祷仪式，而且新任总统要手按《圣经》宣誓就职。美国内战以后，历届美国总统都注意借助于宗教力量将民众的宗教信仰与习俗转化为民族精神和社会政治动力。即便是美国国会开幕和闭幕仪式上，也同样有牧师主持祈祷活动。重大的国务活动一般都伴以宗教仪式。美国法庭每次开庭、闭庭时都得庄严地宣读：上帝拯救了美国和这可尊敬的法庭。在华盛顿纪念碑上镌刻着“赞美主（Praise be to God）”的敬语；在美国最高法院首席大法官座椅的上方，“美国之鹰”护卫着圣经“摩西十诫”；在法庭的前庭竖立着摩西等“伟大立法者”的石雕；“我们信仰上帝（In God We Trust）”的神圣誓言，被刻入国玺之中，被镌刻在国会大厦的石壁上，被编入美国国歌，并印在美元之上。美国军队中实行随军神职人员制度，美国的监狱一般也派有神职人员来训诲囚犯。美国的社会福利、公共服务事业更是离不开教会的运作及身影。所以，今日美国宗教仍然具有缓解社会矛盾和道德伦理危机，促进社会精神与物质平衡发展的能量。这也是伯尔曼再三强调美国和西方社会自20世纪下半叶开始出现的一系列社会问题的根源在于对于法律信仰的严重丧失和宗教信仰的丧失殆尽。[注]因而，他得出了：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”的著名结论。[注]可见，在这样一个高离婚率、犯罪率居高不下、吸毒、色情等泛滥成灾的社会，也有思想敏锐的学者一语道出了造成西方社会精神崩溃的原因之所在。因此，一些以保护个人信仰与道德问题的宗教保守势力，以美国社会道德捍卫者的面貌出现，要求政府用税收支持教会开办的私立学校，要求公立学校恢复祈祷，提出以基督教传统道德标准匡正美国社会。有人形象地比喻：美国人“一手高举基督教真理的圣书”，“一手高举美国宪法”。这无疑是宗教与法律对美国社会交互作用和影响的生动写照。

美国受基督教的影响，超过了近代历史上任何一个大国。基督教的思想和价值观影响所及，不仅在宪法和一般法上，也在整体文

化之中，其影响程度是史无前例的。在北美新大陆上，许多的基督徒建立一个基督教国家，看她是否能在旷野中生存下来。注

---

1. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第7页。
2. 加尔文派，也叫加尔文宗，是16世纪瑞士宗教改革的产物，由法国人加尔文（Jean Calvin，1509—1564年，出身于法国一个律师家庭。）于1541年创立于日内瓦城。后来它广泛流传于荷兰与苏格兰、英格兰等地，为尼德兰革命和17世纪英国资产阶级革命提供了理论依据，推动了资本主义的发展。加尔文教不承认教会从属于国家，不承认任何政府（国王、国会和城市地方行政官员）有权制定有关宗教的法律。他们坚定主张真正的基督教徒，即上帝的选民或虔诚的信徒，应该使国家基督教化。他们希望把社会本身改造为宗教团体的典型。他们反对主教制（路德教教会和英国圣公会都主张保留此制），建议应由教务评议会（牧师和虔诚的俗人所组成的选举机构）管理教会。由于吸收世俗分子参与对宗教事务的管理，这样，他们就打破了教士的垄断权，促进了教会的世俗化。另一方面，他们又是政教分离论的对立者，因为他们希望把整个社会基督教化。他们坚持认为，上帝全能，对出现的一切事物都先知先决，包括对每一生命的诞生方式。有些人能得到拯救，有些人则罚下地狱，上帝早就知道，早就作出了决定。加尔文是一个严厉的人性批评家，他觉得获得感化的人，相对来说，寥寥无几。他们是“上帝的选民”，是“虔诚的信徒”，是那么一小部分不靠自己的功德而早就被选定会得到拯救的人。人如果坚持过圣徒般的生活，经受一切考验和战胜一切诱惑，就可以在内心感到自己是在被拯救者之中，属于上帝所选定的少数人之一。因此，持先定论，持上帝全能论的观念，而不是持宿命论和驯服论，就能成为不懈努力的一种鞭策，成为一种炽热的信念，一种站在全能上帝一边定会最终获得永恒胜利的信念。正是这种极其坚决的精神使得加尔文教具有吸引力。各国的加尔文教徒都是富有战斗性的、不屈不挠的至善论者，即清教徒。他们首先在英国，后来在美洲得到清教徒这一名称。
3. 公元1620年，一条载着102人的小船悄然地离开了英国港口，驶向了大洋彼岸的新大陆。在经过65天与风暴、饥饿、疾病、绝望的搏斗之后，他们终于看到了新大陆的海岸线。在经过有权参加讨论的船上41名成年男子对于是否立即上岸问题的激烈的讨论之后，他们决定共同签署一份公约，名为《五月花号公约》，内容是：为了国王的荣耀，基督教的进步，我们这些在此签名的人扬帆出海，并即将在这块土地上开拓我们的家园。我们在上帝面前庄严签约，自愿结为一民众自治团体，为了使上述目的得以顺利进行、维持和发展，亦为将来能随时制定和实施有益于本殖民地的总体利益的一应公正法律、法规、条令、宪章和公职等，吾等全体保证遵守与服从。自此，在北美洲这块土地上才出现了以英国移民为核心的人们建立起来的一个新的国度。
4. 美国宗教“伟大复兴”运动，指的就是美国的两次宗教大觉醒运动。第一次大觉醒运动使清教主义寿终正寝，同时使美洲出现了循道宗。循道宗起源于爱德华兹和卫斯理所宣扬的福音教派。爱德华兹强调的是上帝的伟大胜于上帝的良善，卫斯理强调的则是上

帝的良善胜过上帝的伟大。前一个信仰使清教徒的上帝具有威严、震怒的形象，后一个信仰则使上帝从清教徒身边走出来，走向全世界，走向所有人。循道宗的虔敬主义却为后世的美国精神施加了更为重要的影响。 循道宗宣称忠于圣经，忠于传统的信经教义，多数接受阿明尼乌主义，认为得救既凭借圣恩，也取决于个人的自由选择。所有人都有得救的可能，靠着圣灵，人可以在此生达到对上帝和对他人完全的爱，获得完美的基督徒品格。在神学上他们不重思辨，不强调一致；强调圣灵有使人信仰及改造信徒生活的力量；宗教的核心在于人与上帝的切身联系。在社会观点上重视下层社会，主张社会改良。该宗的崇拜仪式也是半礼文化、半自由式的，唱诗占有重要地位。循道宗是一个比清教远为民主、自由和人道化的教派。在美国独立战争中，卫斯理支持英国，而阿斯贝利支持美国，美国循道宗从此自主化，到1784年，先于英国循道宗教会而率先成立了美国循道宗（也叫卫斯理宗）教会。此后50年间，循道宗在美国的新垦区发展迅速，特别是在第二次大觉醒运动中获得长足进展。通过第二次大觉醒中形成的“自愿组合体系”（Voluntary Association System），使一批与宗教有密切关系的民间协会志愿进行社会改革，比如“美国禁酒联合会”，“新教徒公立学校促进会”、“美国反奴隶制协会”等组织，对美国的道德风尚、教育改革、废除奴隶制、妇女运动等等作出了极大贡献，从而推动了社会的进步。关于美国两次大觉醒运动的详细内容可参见：【美】布鲁斯·L.雪莱：《基督教会史》（第三版），刘平译，上海人民出版社2012年版，第337—357页；王美秀等：《基督教史》，江苏人民出版社2008年版，第231—248页；刘亦明：“乔纳森·爱德华兹与大觉醒运动”，湖南师范大学2009年学位论文，载CNKI知网空间“学位论文库”，等著述。

5. 威尔·杜兰：《世界文明史·宗教改革》，第6卷，上，第627页。转引自刘新利、陈志强：《欧洲文艺复兴史·宗教卷》，人民出版社2008年版，第190页。

6. 该理论认为，上帝在创世以前，即预先选定一些人得救，和决定另一些人沉沦。但是人无从了解上帝的决定，也无力以自己的行为改变上帝所定的命运，而只能以信靠基督和其在世上的生活来确定自己是否上帝的选民。如果他能够诚心信仰并参加上帝的教会，在上帝所定的职业工作中勤勉努力，百事顺利，具有道德，那么就表明他获得了上帝的恩典，从而成为上帝的选民；如果他事业失败，一生碌碌无为，那么就表明他被上帝抛弃了。信徒虽然对上帝的预定无法了解，但是可以通过自己的努力使上帝的拣选表现出来。这种预定论是加尔文神学体系的基石。其对于欧洲人文主义思想的发展产生了极其深刻的影响。

7. 乌尔利希.慈温利（1484—1531 年）出身于瑞士的富裕农民家庭。先后就学于伯尔尼及维也纳大学和巴塞尔大学，受到人文主义思想的影响。1506 年他任瑞士格拉乌斯州教区天主教会神父。1516年起，他开始宣传宗教改革思想。1519年初，慈温利在苏黎世大教堂传教，反对教皇在瑞士出售赎罪券，进而以《圣经》为信仰的唯一依据，否认教皇是上帝的代表，反对天主教会的教阶制、偶像崇拜、教士的斋戒和独身，以及教会的繁文缛节。他主张宗教仪式中讲道比弥撒更重要，他利用讲道不断抨击时弊，反对雇佣兵制。1522年，他与教皇公开决裂。苏黎世州政府支持慈温利的观点。在苏黎世1523年1月、10月及1524年1 月的三次宗教问题大辩论中，慈温利的新教主张《六十七条

目》得到肯定。苏黎世等一批城市州成为瑞士的新教州。1531年10月11日在卡佩尔战役中慈温利阵亡。瑞士德语区的宗教改革受到重挫。瑞士的宗教改革运动，经加尔文在日内瓦反对旧教的斗争和创建加尔文教，才又重振和发展起来。

8. 参见刘新利、陈志强：《欧洲文艺复兴史·宗教卷》，人民出版社2008年版，第198页。

9. 参见刘新利、陈志强：《欧洲文艺复兴史·宗教卷》，人民出版社2008年版，第199页。

10. 参见刘新利、陈志强：《欧洲文艺复兴史·宗教卷》，人民出版社2008年版，第216—217页。

11. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第7页。

12. 参见彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第37—39页。

13. 参见【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第76—77页。

14. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第13页。

15. 【美】哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，商务印书馆2012年版，第7页。

16. 见【美】Wright Doyle：《基督教与美国文化之探讨》，载www.jidujiao.com/shuku.基督教书库。

本章结论

从现实意义上来说，在西方社会，宗教与法律之间联系的纽带至今并未彻底丧失，两者都是从不同的方面关注着社会。只是，法律在社会中发挥着更为醒目的作用，而宗教则仍旧具有给一切信奉者提供生活意义的使命，它更偏重于给予人的尊严、自由、人人生而平等、信守个人的角色、尊重合法权威以及遵纪守法等等理性和理念化的精神食粮。在西方国家，我们仍然可以看到，民众对于宗教的信仰程度并未因为科学技术的飞速发展而减弱，相反，从一些著名的科学家、社会活动家，乃至政治家、学者，到普通的民众，对于宗教的信仰热情和重视程度，并没有减退——每周日的祈祷活动，每年所必须举行的隆重的纪念、庆祝宗教节日（复活节、万圣节、感恩节、圣诞节等宗教节日皆为法定节假日）的盛大活动，已经成为了人们社会生活中的不可分割的重要部分；宗教所倡导的一切精神及教义，仍然是人们的精神支柱。一句话，宗教已经成为了西方社会文化传统中不可分割的一部分。人们的家庭生活、政治生活、经济生活、文化生活中已经离不开宗教的影响。法律与宗教之间的紧密联系抑或互动关系仍然是当今西方文化的一大特色。法律（法治）与宗教就像支撑人的整个身体的两条腿，缺少任何一条腿的人的身体都是不稳定的和不协调的。在西方社会，如果离开了宗教，法律不仅会不被信仰、遵守，还会丧失其社会的有效性，而成为一种摆设、一种僵死的教条，而失去发展的动力和活力，西方的法治社会也将走到它的尽头。这是二战以来当代西方社会得以和谐、稳定发展的根基和保障。这也是西方社会在发展过程中，在走过了无数弯路之后的明智的和坚定的选择。

第六章

危机与复兴

第一节
欧洲中世纪的火刑柱

一、西罗马帝国的灭亡

（一）灭亡的经过

如果要准确地、历史地探讨罗马帝国的灭亡的经过，就不得不从中国1世纪时的东汉讲起。

公元89年，东汉车骑将军窦宪率军打败匈奴，横扫漠北3000里。公元91年，北匈奴单于率领为数不多的匈奴人西行。到了374年，匈奴大部越过顿河，侵入了东哥特和西哥特人的领地，并最终以匈牙利为中心，建立起了匈奴帝国。

在罗马帝国的北方，很早就居住着克尔特人、日耳曼人、斯拉夫人等蛮族部落。其中人数最多的是住在高卢、西班牙、不列颠等地的克尔特人。这些地区很早就被罗马征服，克尔特人逐渐与罗马人融合。日尔曼人大多来自北欧斯堪的纳维亚半岛，后逐渐向欧洲中部和东南部移民。他们大致居住在北起波罗的海，南至多瑙河，西起莱茵河，东到俄罗斯平原广大的地区。在日耳曼人以东，居住着斯拉夫人。日耳曼人由若干部落组成，其中重要的有法兰克人、汪达尔人、伦巴德人、东哥特人、西哥特人、盎格鲁人和撒克逊人。

公元前一世纪时，凯撒远征高卢，当时的日耳曼人仍为氏族公社制，主要从事畜牧业，也搞农业，但尚未完全定居。而到了公元1世纪末期，一部分日耳曼人已定居下来。如在莱茵河沿岸的法兰克人，已经成为农业民族；相反，分布在多瑙河下游的西哥特人，则仍以畜牧

业为主。这时的日耳曼人处于原始社会末期，已有军事贵族及亲兵，遇事先召开贵族会议，再召开部落大会。他们已经学会使用铁制工具和武器。日耳曼人体格强健、民风粗犷、衣着简陋，基本上以畜牧业、渔猎为生。他们喜欢搞掠夺，认为流血比流汗高尚。而罗马帝国自图拉真皇帝（98—117 年在位）以后，帝国已无力向外扩张，沿帝国边界莱茵河和多瑙河修城塞堡垒线，对日耳曼人搞和平政策。公元二世纪末三世纪初，又允许一些日耳曼人部落定居帝国境内当雇佣兵，以夷制夷。到公元四世纪时日耳曼人已成罗马军队主力。

随着匈奴的入侵，包括东哥特人、西哥特人、法兰克人、撒克逊人在内的诸多日耳曼人纷纷向罗马帝国境内迁移。罗马人同意西哥特人的避难要求，并答应分给西哥特人土地，供应粮食，而西哥特人则同意为罗马提供兵源。然而，罗马人背信弃义，不但没有履行诺言，反而趁西哥特人发生饥荒，大肆敲诈勒索，迫使西哥特人以极低的价钱出卖自己的妻子儿女。终于，西哥特人不堪忍辱，组织了起义军。时任罗马皇帝的瓦伦斯（弗拉维斯·埃弗利乌斯·瓦伦斯Flavivs Ivlivs Valens，328年－378年，罗马帝国东部皇帝，364—378年在位）亲率四万大军于公元378年与西哥特人发生血战。然而，战争的结果是四万罗马军队全军覆没，皇帝本人也当场毙命。继任的罗马皇帝狄奥多西（狄奥多西一世Theodusius Ⅰ，346—395年，379—395年在位）被迫与西哥特人签订了和约。公元395年1月，罗马帝国皇帝狄奥多西逝世。根据遗嘱，皇帝将罗马帝国的版图划分为东西两个部分，于是正式形成了东罗马帝国和西罗马帝国。此时，西哥特人抓住良机，推举了年轻的阿拉里克（Alaric I，意为所有人的统治者，西哥特人首领、国王，395—410年在位）为首领（时年25岁），攻占了巴尔干半岛各地。到了408年，当时的西罗马帝国听信谗言，杀害了权臣，导致了国家内乱，致使好几万罗马士兵投降了阿拉里克。于是，哥特人趁势发动进攻，包围了罗马。罗马人答应了西哥特人提出的苛刻条件，换来了短时的休战。然而，两年后，西哥特人再度包围了罗马城，并且在城内奴隶的帮助下，杀进了罗马城，大肆烧杀抢掠了三天。而在罗马

城陷落的第六天，西哥特人便扶起了一个傀儡皇帝上台。在此后的六十余年里，几任西罗马帝国的皇帝，都成了外族首领的傀儡。但是，西哥特人并未在罗马城久留，412年，西哥特人进入西班牙，并于419年在西班牙建立了西哥特王国。就在西罗马帝国风雨飘摇之时，450年，匈奴王阿提拉（Attila，406—453年，匈奴人最伟大的领袖和皇帝，被史学家称之为“上帝之鞭”）率领了一支号称有五十万的大军围攻西罗马的奥尔良城。西罗马帝国获知此消息后，马上联合了西哥特人，派兵援助奥尔良城。451年6月20日，匈奴大军与西罗马帝国、西哥特联军发生了一场大战，一日之内死伤15万。西哥特国王阵亡，于是西哥特人全面撤军。而阿提拉认为不能立即获胜，旋即也选择了撤军。第二年，阿提拉再起大军，横扫意大利东北部，并直捣罗马。罗马孤立无援，只得请求与阿提拉谈判，最终与阿提拉签下和约。

454年，罗马帝国爆发了马克西穆斯之乱，佩特罗尼乌斯·马克西穆斯阴谋先后杀死埃提乌斯和瓦伦蒂尼安三世，随即自己称帝。455年，汪达尔人首领盖塞里克趁乱入侵，攻进罗马，佩特罗尼乌斯·马克西穆斯被杀，全城被洗劫一空。自此之后，西罗马帝国实际上已经无法维持，仅是苟延残喘。西部后来又出现过八个皇帝，但都是傀儡，实权都掌握在蛮族出生的军事首领手中。李希梅尔当政16年间，先后废黜了阿维图斯、墨乔里安、利比乌斯·塞维鲁，杀死东罗马帝国扶立的皇帝安特米乌斯，立奥利布里乌斯。冈多拜德执政时，立格利塞里乌斯为帝。在475年欧瑞斯特当政时，干脆将自己的儿子罗慕路·奥古斯都路斯立为皇帝。476年，日耳曼雇佣军统帅奥多亚克废黜罗慕路·奥古斯都路斯，自封为王，将西罗马帝国的国徽转让给东罗马帝国，西罗马帝国灭亡。

（二）灭亡的原因

关于西罗马帝国灭亡的原因，千百年来曾经引起了无数学者的苦苦思索，但始终是仁者见仁，智者见智。主要观点有：“丧失自由”是

罗马灭亡的关键；罗马皇帝的政治体制是罗马衰落的主要原因；君主集权抛弃了民主，从而使人民对于军队失去了有效的控制；罗马人民用他们的共和精神去征服世界，而当他们改变了原则，转而支持帝国制度以后，这套新的原则就毁了他们国家的根基；浪费、奢侈、懒惰，这些恶劣的社会风气使人民堕落，武备松懈；基督教精神宣扬不抵抗，期待来世，因此，人民被麻醉而不能有效地去抵御外来的蛮族；不同阶层之间的摩擦，还有越来越阻碍创新和发展的奴隶制导致了国家的灭亡；贸易的萎缩，生产力的低下，以及金银储备的稀缺；土壤的退化，盲目滥伐，气候的剧变和严重干旱；瘟疫和疟疾的蔓延；长期使用铅制炊具和水管而导致的铅中毒；战争和控制生育导致罗马血统的人口减少以及相应而来的外族血统的混杂和混血儿的增加；一个帝国就和一个生命体一样，生老病死是不可避免的规律；第一任西罗马帝国皇帝霍诺留完全不能进行改革；被中国驱逐的匈奴人入侵了西哥特人的领地，西哥特人借西罗马帝国的土地进行避难，习惯了奴隶制的剥削的西罗马帝国的统治者们企图以同样的方式欺诈西哥特人，却反被西哥特人灭亡；帝国权贵与富人集团的过度贪婪所导致的社会财富大分裂；腐败摧毁了罗马人传统、优良的道德精神，导致了罗马经济生活的瘫痪，导致罗马帝国政局动荡，行政乏力，销蚀了罗马军队的斗志。等等。总之，莫衷一是，众说纷纭。有的学者不惜为此课题皓首穷经，为之奋斗一生。

我认为，就像罗马城的不是一天建造起来的一样，罗马的灭亡更不是一天的结果，绝对不是一两个原因造成的，是多重的、综合原因导致的结果，是自公元3世纪以来的长达200年来的持续衰退、分崩离析的必然结局。而罗马统治者对于法治的破坏、君主集权对于民主的摧残和迫害，最典型的如本书第四章所述的君主司法权的日益凸显、被称为罗马法学家中最伟大的学者帕比尼安被卡拉卡拉皇帝冤杀，这些对于罗马法治传统的严重破坏，也应是罗马崩溃的重要原因之一。法治兴，则国家兴；法治败，则国家亡。这也应当是历史给予我们的深刻教训。

二、黑暗的中世纪

（一）中世纪概说

西罗马帝国灭亡后的1000年（500年至1500年），被传统史家看成是人类进步征途中一个漫长而毫无目标的迂回时代——穷困、迷信、黯淡的1000年，它处于罗马帝国和意大利文艺复兴时代之间，被认为是分隔罗马帝国的黄金时代和意大利文艺复兴新黄金时代的"黑暗时代"。于是，中世纪就成为了"黑暗时代"的代名词。

中世纪的一个最大的特征，或者说一个显著的结局，就是在476年西罗马帝国灭亡到15世纪文艺复兴止的近千年欧洲历史中，整个欧洲实际上是在日耳曼人与罗马帝国原著民等其他民族共同融合、发展的基础上，建立起了一个既区别于罗马时代，又不同于中世纪期间的旧的时代的一种新的政治社会结构，其发展的结果就是最终演变成了近代西欧诸国。也就是说，我们今天所看到的欧洲政治、经济格局的基本轮廓，基本上成型于那个曾被称为人类历史上最"黑暗"的野蛮时代。

传统史学上，一般把中世纪分成三个阶段，即：5—10世纪为早期中世纪； 11—13世纪为盛期中世纪；14世纪以后为晚期中世纪。

在罗马帝国灭亡后的2个世纪（公元六到七世纪）里，西欧在政治上表现出来的是日耳曼诸王国并立，经济上是以自然经济为主，而商业和城镇败落，在经济生活中起着重要作用的是日耳曼贵族的大庄园，以及日耳曼人的农村公社。在日耳曼国王的脑海中，根本就没有治理西欧的理念，他们把王国看作私有庄园，凭个人之好恶，随意地把土地和权力赏赐给贵族、教士。久而久之，随着日耳曼移民与当地居民的不断融合，日耳曼的风俗逐渐地取代了罗马遗留下来的的精神。但是，绝大多数的日耳曼人都目不识丁，当时唯一有教养和文化的人是教士，人们能够看到或者感受到的可怜的一点精神文化生活只

能表现在修道院里。当时的真实情况是：日耳曼国王控制着西欧国家的政权生活，但精神文化生活的主导权却属于基督教会。

西罗马帝国灭亡以后，日耳曼民族在欧洲各地建立起了很多国家，其中最大的和最著名的就是法兰克王国。在罗马帝国灭亡的几年以后，东哥特人摆脱了匈奴的控制，在狄奥多理克率领下进军意大利，在意大利建立了东哥特王国（489—554年），后亡于拜占廷帝国。东哥特人统治意大利之时，法兰克人在高卢北部兴起。克洛维（Clovis I，455或456—511年，法兰克王国的创立者，481—511 年在位）建立法兰克王国（481—843 年），史称墨洛温王朝（Merovingian Dynasty，481—751 年）。法兰克王国是日耳曼诸王国中存在最久的政权。克洛维在位时，王国疆域已达高卢南部卢瓦尔河以南，六世纪中期又扩展到莱茵河以东与德意志相连。法兰克人在欧洲获得成功最主要的原因，是克洛维于 496 年皈依了基督教。这一年他亲率三千亲兵在兰斯教堂受洗。此举一来缓和了法兰克人与高卢罗马人的矛盾，二来自此他可以利用罗马基督教的帮助来对付其他各支日耳曼人。三来可用基督教的一神教取代多神教，提高王权威望，因为，东西哥特人和汪达尔人所信奉的是基督教的异端——阿里乌斯派(注)。这样，在罗马基督教支持下，原本并未开化的法兰克人在欧洲不仅立住了脚跟还获得了很大的发展。也正是这个国家，后来演化成为查理曼帝国，查理曼帝国后又分裂为三个国家，这三个国家便是今天我们看到的法兰西、德意志和意大利三国的雏形。随后，它们与同时出现的英吉利王国一起，成为了欧洲早期的主要封建国家。这些国家在其发展过程中几乎同时实现了由奴隶制度向封建制度的转变。因此，封建君主制度、封建庄园制度、封建农奴制度和封建等级制度，以及基督教会的法律和制度便成为当时欧洲中世纪的最大特点。

在5—7世纪中叶的欧洲，各封建国家的政治制度以封建君主制为主体，11世纪以后，少数自治城市采用城市共和制。同时，基督教教会的神学统治体系的也是当时欧洲封建社会主要支柱之一和社会政治制度的重要组成部分。

欧洲的封建君主制，与东方的自公元前3世纪所建立起来的一以贯之的中央集权制有着很大的不同。在欧洲封建社会里，封建君主制先后出现过封建割据君主制（9—13世纪）、等级（议会）君主制（13—15世纪）、君主专制制（16—17世纪中叶）等形式。而在东方则始终没有真正出现过封建割据君主制和等级（议会）君主制，其一以贯之的始终是中央集权体制下的君主制。在12世纪以后，在欧洲还出现了城市共和制。12世纪以后，随着贸易和商品经济的发展和市民力量的逐渐强大，意大利的威尼斯、米兰、佛罗伦萨，俄国的诺夫哥罗德等城市，相继通过武力或赎买方式，摆脱封建领主的束缚，取得自治权，实行了类似于古希腊的城邦共和制。这些城市共和国享有独立的行政、司法、财政以及对外宣战和媾和等权力，但共和国的权力仍掌握在由贵族选举产生的封建主集体手中。而正是在这种城市共和制中，酝酿产生出了影响欧洲乃至世界发展进程的所谓的文艺复兴运动。

中世纪欧洲经济体系从其本质上说属于封建庄园经济。而庄园是自然经济的一种，其特点是：封建主拥有庄园，在庄园中使用农奴、雇佣自由农民进行劳动。这些农奴，无人身自由，终身及自己的后代都属于封建主，并且以罗马帝国时期奴隶、4—8世纪蛮族入侵时期战俘的后代为主要来源；雇佣自由农民由破产的有人身自由的农民和破产市民等组成，庄园主雇佣其进行耕作，或者直接把农业用地分割出一部分来租给他们经营农业。这些庄园在生产上自给自足。但是，由于战乱频繁，导致其在生产技术改造方面远远落后于东方的中国和阿拉伯等地区，生产力也就显得低下。同时，在庄园收成分配上，农奴劳动部分完全上缴给主人，主人仅提供给农奴维持生存的必须的物品和粮食；雇佣农民的收成至少一半以上，有时甚至达到8成要交给封建主，一般长期采用上缴农产品的实物地租形式，而在15世纪前后因对庄园主金银的需求量加大，慢慢地开始向货币地租形式转变。封建主获得地租后，用实物形式向上一级封建主交纳一部分收成。在欧洲中世纪，封建等级分为国王（大地主、领主）、贵族和僧侣、骑士和平

民四个等级。贵族分为公爵、侯爵、伯爵、子爵、男爵五个等级。具体分封等级是：国王或者领主，将自己的土地封给贵族，并授予其爵位，成为他的宗主；贵族还可以将他的封地继续分封下去，比如分给骑士，成为骑士的宗主，但是，“我的宗主的宗主，不是我的宗主”，即国王不是骑士的宗主，骑士的宗主仅仅是贵族。这是明确确定的基本规则。作为对上级的回报，比如，骑士向封自己为骑士的男爵或伯爵交纳一部分收成。该收成比例并不统一确定，由上一级封建主自己规定，一般是一成到三成不等。同时封建主根据《圣经》的规定比例，也要把收成的十分之一交纳给天主教会，这就是天主教的“什一税”。农奴不需要交纳“什一税”，因为他们的主人已经代替他们交纳过了。但雇佣农民却要在交纳完给封建主的实物地租后，再从剩余的部分中交纳十分之一给教会，因为封建主只收取了他们租地耕种的费用，而没有代替他们交纳什一税。

在欧洲封建化过程中，基督教逐渐成为封建社会的主要支柱。8世纪中叶，罗马教皇在意大利中部建立了政教合一的教皇国，还在西欧各国建立了一整套与各国行政体系并行的教阶体制。从而，以罗马教皇为中心，形成了一个中央集权的教会统治体制。教会享有独立的行政、司法、财政等权力，设有专门的法庭——宗教裁判所，残酷迫害异教徒和反对封建势力的人。12—13世纪教会的势力达到鼎盛。14世纪以后，随着市民阶级和民族国家的兴起，教会势力逐渐衰落，特别是随着各国大革命的爆发，教会势力遭受到沉重打击。

综观欧洲中世纪史，欧洲的中世纪是一个延续和重建的时代。说它是延续，是因为它在种族、语言、行政机构、法律以及文学艺术等方面都保留了古罗马的传统；同时，它也吸收了那些来自罗马以外的民族，如法兰克人、撒克逊人、希腊人，还有阿拉伯人的文化。毫无夸张地说，西欧的新文明不仅来自于罗马这样的旧文明的贡献，而且还来自于罗马以外的各民族的贡献。这些文化传统，几经辗转，被欧洲人继承了下来。比如，今天的英语就形成于中世纪，它来源于各民

族的语言，甚至包括梵语和冰岛语。因此，英语完全是一个“混合”式的语言，而整个欧洲文明也是“混合”式的文明。

如果从历史的长镜头的角度来考量，欧洲中世纪所延续的文明，是一种古老的农业传统文明，这个文明的源头可以上溯至一两万年前的石器时代。这种农业文明的生活方式与东方农业文明的传统方式不同的是，它基本上是通过定居耕作和饲养牲畜两类劳动的共同结合来获取衣食和有限的一些服务。因为，欧洲的气候和地理条件不适合东方那样大规模的农业耕种模式，一来它没有那样温暖的气候，不是所有的植物都可以在那里存活和生长；二来它没有像东方那样广袤的、平坦的、可用来进行大规模耕植的土地。而由于湿润多雨，欧洲的土质相对松软，土壤的墒情良好，所以，欧洲开垦土地所需要的工具很少，只要有犁铧即可。因此，欧洲中世纪的人们过的是一种自给自足的生活——他们用自己的劳作获得衣食，用自己做的器具酿酒，等到节日，人们还可以聚集到一起热闹的庆祝一番。在今天中东欧地区南部的山区，我们仍然可以看到这样的风俗画卷，而那里的山歌和民歌，乃至婚丧嫁娶等习俗，仍然是由中世纪时代流传下来的。那样的一种恬淡、静谧的田园生活景象，不仅曾经折服了无数的古代的骚人墨客，就是在今天当你走进他们的村甸时，那样的场景仍然会把你醉倒。

自进入20世纪以来，一批当代的历史学家对于传统的认定中世纪为“黑暗时代”的说法提出了质疑。经过长期的研究，他们发现，中世纪不仅仅是一个对于古代社会的延续，它更是把世界塑造成今天这种面貌的一个重要时期。他们认为，这段时期的文明并不是如以前人们所认为的那样是在走下坡路，而是处在一个上升阶段。它是在古代文明逐渐凋亡的时候，从古代文明的废墟上生长出来的一种新的文明。这种文明经过数百年的不断成长壮大、开花结果，造就了我们今天所看到的，并且正在享受着的现代文明世界。

但是，中世纪也并非后来有些人所描述的那样可爱动人，那里曾经也确实游荡着践踏文明、残害进步力量的令人胆寒的幽灵。

（二）混乱与寒冷

《法律简史》的作者梅西·赞恩曾用了一个整章的篇幅描述了中世纪那段法治黑暗时代对文明摧残的令人痛心的情景。

当时的欧洲满目是一派混乱、无序、无知、堕落、残暴的状态：

频繁的战争，防不胜防的侵蚀，将原有的文明践踏殆尽；

许多国家被劫掠和蹂躏，大批的人们遭到屠戮；

城市的人口下降，建筑艺术早已被人遗忘；

半开化的人们在这里肆意横行，他们像残暴野蛮的地主一样统治着这片大地；

人们遗忘了学校、艺术和基本知识的职能，无知泛滥；

商业和贸易也不复存在，安全的旅行已成了昨日黄花；

秩序井然的罗马统治荡然无存，代之以横征暴敛、无法无天、欺压百姓的伯爵和男爵；

封建传统的无组织性取代了由社会内部凝聚力形成的机制；

统治者们践踏了那些本来应受到人们尊重的各种形式的法治管理，甚至连一般的法院都没有继承下来；

历经多个世纪才构筑起来的罗马法律的缜密结构已经散了架，确定的法律无处可觅，法律的严明已经丧失；

每个势力不大的封建主都有自己的法庭来实施自己的法律；

社会上充斥的不仅有无知，还有严厉而苛刻的不宽容，并成了整个社会的风气；

只有教堂里残存有一点法律知识，或者说有点文化。

结论是：在这片曾经辉煌的土地上，无秩序的茫茫黑夜笼罩了一切。注

他对于中世纪得出的结论是：中世纪是个没有真正正义的地方，在那里法律是无法存在的。

他还列举出了当时一些作家的描述和基督教会迫害伽利略等进步人士的案例来充实自己的论点。

的确如梅西·赞恩所说，中世纪确实是一个存在着黑暗与寒冷的时期。历史学家曾这样描绘当时乱世中的学者：学者的道德堕落和卑劣无行；人们愤怒、虚荣、固执、自我欣赏、放荡的私生活；各种各样的不道德行为；此外还有信口开河的习惯、对国家的不良影响、卖弄学问的演说、对于师长的忘恩负义，以及对大人物的卑鄙的谄媚等。注

意大利文艺复兴运动的发动者之一、杰出的社会活动家彼特拉克曾经在写给朋友的信中，表明了他对当时社会的不满：

> “你问我对此生怎么看，问得好。对我来说，此生是我们劳累的坚实土地，危机的训练营，一座错误的迷宫，江湖骗子们的军队，一个令人惊愕的沙漠，一个淤泥成堆的沼泽，一片焦土，一个崎岖不平的村子，一座陡峭的山壁，一个黑暗的洞穴，一群野兽纵横的巢穴，一片不毛之地，一个石头地，一块长满了刺的木头，一个毒蛇遍布的草地，一个没有鲜花的花园，无限的忧虑，一条人的眼泪滴成的河流，一个痛苦之海。”注

这些描述均是对于当时社会现状的真实写照。除此而外，基督教会对于异端和进步人士的迫害也是中世纪抹杀不去的黑暗的记录。

（三）天主教与异端

中世纪是个信仰的时代，人们对于基督教的狂热信仰及其对于教宗的疯狂膜拜，成为了中世纪人们精神生活的主要组成部分。那时，因为绝大多数人处于目不识丁的状态，即使是一些贵族甚至国王，也是“斗大的字识不了一箩筐”。只有那些教士和神职人员为了向人们解释《圣经》和宣传基督教义学习过拉丁文或希腊文。因为，那时欧洲现在通用的这些文字和语言大多还没有出现。那时的真实情况是：人类所需要的一切只是都归结为《圣经》的智慧，这个世界的一切美德以及能否继承这种关系，也都取决于是否符合这种信仰。㊟那时，仅仅为了一条神秘教义的不同解释，人们就会剑拔弩张，大打出手。那时渴求知识的人们所能选择的唯一职业就是成为神父，因而，在6世纪和7世纪，对于非宗教的图书和教育，不仅教会中的神父、教宗要予以残酷的压制与扼杀，就连基督徒们对此都予以剧烈的排斥。拉丁文的经典篇章被他们斥为异端邪说，科学被扼杀，真理被斥为谬误，科学家被百般迫害。人类发明的所有的最残酷的刑罚和刑具，在那时都被用在了对于异端邪说和真理持有和坚持者的身上。火刑就是其中一种极端残忍的刑种。

高卢人曾把犯人关入一个巨大而结实的柳条篮里，然后点火焚烧。日本人在19世纪也使用过类似方法。在行刑时，犯人在篮里又叫又跳，可怎么也爬不出篮子。而斯基泰人则将犯人扔到一辆堆满了干柴并洒上了稀树脂的牛车上，一旦火起，受惊的牛便会拉着火车穿过整座城市。罗马人把犯人钉上十字架，再遍身淋满沥青和松脂，做成一个大火把，抬着示众。在中世纪的英国和意大利，则是用柴草将犯人裹得严严实实，捆得如同粽子，然后点火。后来发明了专门的火刑柱，它将人高高绑起，在脚下堆柴烧火。法国的圣女贞德便是这样被处死的。据说，火刑有净化的作用，所以中世纪的基督教总是把火刑作为消灭异端邪恶的刑具。

在中世纪，被教会处以火刑的著名人物有意大利科学家阿斯科里（Cecco d’Ascoli，真名Francesco degli Stabili，1257—1327年，意大利著名占星学家、数学家、诗人、物理学家及百科全书编纂人）和意大利文艺复兴时期的思想家、科学家布鲁诺（乔尔丹诺·布鲁诺Giordano Bruno，1548—1600年）。阿斯科里仅仅是因为论及地球是球形的，1327年就被宗教裁判所用火烧死。天文学家布鲁诺仅仅因为不相信地球是宇宙的中心，就被送上了火刑柱。布鲁诺1548年诞生于意大利南部那不勒斯附近诺拉城的一个贫苦家庭。15岁时进入多明我修道院做见习修士。因对某些天主教教义产生怀疑，被指控为异端，被开除教籍。1577年，他被迫离开祖国，流浪瑞士、法国、英国、德意志和捷克等地达15年之久。留英时期完成了《论原因、本原和统一》和《论无限性、宇宙和情世界》两本主要著作。布鲁诺积极宣传哥白尼的“日心说”，并且做了许多重要的理论概括、补充纠正和发展，提出了关于宇宙的新理论。他认为，宇宙在时间上和空间上都是无限的，因为空间上的无限，宇宙既不可能有一个中心，也没有绝对的边缘，因此他说：“我们可以十分有把握的断言，整个宇宙到处是中心，或者宇宙的中心处处在。”1592年，布鲁诺被骗回意大利，1600年2月17日，布鲁诺被宗教裁判所活活烧死在罗马的鲜花广场上。临刑时高呼：火不能征服我，未来的世界将会知道我的价值。1992年，罗马教皇宣布为布鲁诺平反。

另外一个反映中世纪的黑暗的典型代表就是宗教裁判所，其拉丁语为：Inquisitio Haereticae Pravitatis，或称异端裁判所、异端审判，它是在1231年天主教会教宗格里高利九世决意，由道明会设立的宗教法庭。此法庭是负责侦查、审判和裁决天主教会认为是异端的法庭，曾监禁和处死过许多“异端分子”。今天，异端裁判所已改组为信理部。最著名的宗教裁判所有隶属于西班牙王室，成立于1478年的西班牙宗教裁判所，和成立于1542年的罗马宗教裁判所，即今日圣座信理部（Congregatio pro Doctrina Fidei）的前身。

在宗教裁判所成立之前，教会反对异端的任务通常由主教调查，并交由世俗法庭予以制裁。第三届拉特朗大公会议（1179年）开始对此进行立法，成为后来十字军对阿尔比派（Albigenses）镇压的法律依据。1224年皇帝腓特烈二世对异端执行了火刑，后来，格里高利九世对此继承了它的衣钵。

1231年教皇格里高利九世发表《绝罚通论》（Excommunicamus）来谴责异端，并想用新的措施来对付异端，在德国、法国北部、郎格多克以及意大利都设立了异端裁判所，此即宗教裁判所的前身。这是一个专门审判有关异教徒，即那些背离天主教会教理的人的案件的教会法庭。其管辖范围、权限与形式均由教皇的训令决定。对于异端或者背离天主教的人所进行刑事责任追究的根据是密告和奸细提供的材料。告密者的名字是保密的，在审讯的时候并不提出控诉的内容，而是讯问被告人是否知罪，并且力求把被告人的口供与证人的证言混淆起来。被告人的家谱都要经过详细的研究，以求确定被告人的祖先中有无犹太人、其他非基督教或异教徒。犹太人在中世纪毫无权利，他们被划定居住在特定的区域内，并须穿着特别的服装，他们的社会地位甚至连异教徒都不如。被告人由于不知道自己祖先的情况，可能会完全不承认自己的祖先中有以上所提到的那些人，这往往被斥为虚伪、不诚实。由于被告人的招供被视为定罪的依据，因而宗教裁判所对于被告人经常是屈打成招。被告人如果不认罪，便把删去了告密者名字的案件的抄本让被告去看。因此，只要落在了宗教裁判所的手里，要想被宣告无罪，那基本上是不可能的。而且，即使能够证实自己无罪，也得不到无罪的宣告，反而会被列入到嫌疑犯的名单中去，以后若再有风吹草动，可能倒霉的还是你。1252年，教宗依诺增爵四世进一步批准宗教裁判所可以在审讯时用刑。其可用的刑罚包括：没收全部财产、鞭笞、监禁、终身监禁、放逐、流放以及穿忏悔衣，不撤销自己异端思想的下场是遭受火刑。设在梵蒂冈的教皇法庭是宗教案件的最高审级，案件很少经过再审，一般都在宗教裁判所便已判

刑。由于宗教裁判所有权搜捕嫌疑犯及同伙，使得只要提起它就人人自危。

在中世纪欧洲的所有宗教裁判所中，西班牙的宗教裁判所素以特殊的残酷而著称。1481年，在西班牙成立了“神圣裁判所”，以后又设有首席裁判官一职，在他以下设有最高会议，负责领导各个法庭的审判活动。西班牙的宗教裁判所的一个最显著的特征就是几乎完全脱离教皇而独立存在。西班牙国王借此利用宗教裁判所的特殊地位来迫害和残杀持不同政见者和政敌，以巩固自己的政权。从1483年起，在首席裁判官多尔克威马特任职的15年内，仅烧死的异教徒就达8，220人，被判处其他刑罚的在89，346人左右。西班牙的宗教裁判所一直存在到1834年，自18世纪后半叶起，它主要是以清理和镇压革命思想和迫害革命者为其首要职责。㊟

意大利著名的科学家伽利略，就因为在他所出版的《星空信使》和《关于托勒密和哥白尼两大世界体系的对话》中，用科学事实，热烈地支持了哥白尼的“日心说”，强烈否定了《圣经》里的“地心说”，而使得教宗乌尔班八世大为震怒，不仅下令严禁他以任何形式去支持哥白尼的“日心说”和传播他的科学发现，而且还将当时身患重病、年近七旬的伽利略，用担架抬着上了罗马的宗教裁判所受审。在持续四个月、多达五、六次的教会审讯中，在经过顽强的抗争，在坚持“月亮确实是一个大麻子”，而“地球也确实是围绕着太阳在转动着”的科学信仰之后，在面临鞭打、断肢、车裂和火刑的威胁之下，这位走投无路的科学家，在说完“我的命运掌握在你们的手中。我错了，听从你们的处置吧。”这句无可奈何的话后，终于被迫向教会低下了他那颗高贵的头颅。

1633年6月22日清晨，在罗马圣多米尼加修道院门前，这位无罪且顽强的老人，被迫穿上了一件“悔罪者”的白色袍子，并被迫跪在坚硬的石板地上，聆听着教会对他的最后判决——终身监禁。教会还宣布，将伽利略的所有著作都列为禁书，伽利略本人则要与自己曾经主

张过的所有科学观点进行“誓绝”，教会把伽利略亲笔书写的“悔罪书”，在全意大利的所有大学里公开宣读。但不久之后，就有一个故事开始广泛流传：当伽利略在判决书上签字的时候，他的嘴里还在不停地喃喃自语：“不管这么说，地球，始终都还在转动着……”

所幸的是，这件已历346年的科学界第一冤案，终于于1979年被罗马教廷平了反。当时宣读这项决定的教宗保罗二世（若望·保禄二世Ioannes Paulus PP. II，本名卡罗尔·约泽夫·沃伊蒂瓦Karol Józef Wojtyła，1920—2005年，波兰人，1978—2005年担任罗马教宗，是罗马天主教第264任教皇，梵蒂冈城国国家元首）曾引用了当年伽利略的一句名言：“宗教，不应该干预科学！”

宗教裁判所钳制了中世纪的西欧思想文化的发展，巩固了教会的权威，也为天主教历史留下污名，也一度成为中世纪的象征。

1904年，罗马的宗教裁判所改为至圣圣部（Supreme Sacred Congregation of the Holy Office），并于1965年改名为神圣信仰教理部（Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith）。自1985年起，取消神圣一词，成为今天的信理部，继续承担捍卫世界对天主教的教义的挑战与冲击的任务，比如，今天的同性恋问题，神父恋童癖等等，也还是可以通过信理部来予以审理。

除了火刑和宗教裁判所之外，中世纪时期基督教会的另一个违背世界发展趋势的臭名昭著的恶行，就是发布禁书目录。1452年，罗马教廷设立了神圣法庭，其职责就是追查、审讯和判决以宗教改革为目标的各类异端。从此开始，罗马教廷开始直接审检印刷出版物。1543年，罗马最高宗教裁判所借用巴黎大学和鲁汶大学列举的禁书目录，将涉嫌宗教改革的书籍文字作为重点查禁对象。凡在《禁书目录》的书籍或著作，都严禁印刷、进口和出售。《禁书目录》出版的目的是要防止信徒阅读被天主教会认为不道德、含有错误神学观点和导致腐败行为的书籍或著作，天主教作家也可通过此捍卫自己的著作和修正著作。

罗马教廷于1543年宣布，未经教会许可，任何书籍不得印刷或出售。《禁书目录》于1559年首度发表，共32个修订版，此后，许多信奉新教的德国印刷商因印刷出版新教书籍而被宗教法庭处以火刑。仅《禁书目录》公布的当年，在《目录》的后面就附有一份包括61人的名单，这些人都是因为印刷、出版或贩卖与宗教改革相关的读物而遭受惩罚。[注]18世纪后，教廷的势力虽然逐渐衰败，但《禁书目录》一直延续刊行至20世纪。最后一版《禁书目录》（第12版）于1948年颁布刊行，1966年6月14日被保罗六世（Paul VI，1897—1978年，1963—1978年担任罗马教宗。本名乔瓦尼·巴蒂斯塔·蒙蒂尼 Giovanni Battista Enrica Antonia Maria Montini）废止。

自中世纪开始，由基督教会明令的禁书著者就有以下61位：约瑟夫·艾迪生、弗兰西斯·培根、奥诺雷·德·巴尔扎克、乔治·贝克莱、乔尔丹诺·布鲁诺、约翰·加尔文、贾科莫·卡萨诺瓦、奥古斯特·孔德、尼古拉·哥白尼、达朗贝尔、伊拉斯谟斯·达尔文、丹尼尔·笛福、勒奈·笛卡尔、德尼·狄德罗、亚历山大·仲马（大仲马）、亚历山大·仲马（小仲马）、德赛德留斯·伊拉斯谟、裘安纳·斯哥德·艾儒吉纳、古斯塔夫·福楼拜、安那托尔·法朗士、腓特烈二世、伽利略·伽利莱、爱德华·吉本、安德烈·纪德、乔贝蒂、格雷厄姆·格林、海因里希·海涅、托马斯·霍布斯、维克多·雨果、大卫·休谟、科尼利厄斯·詹森、伊曼努尔·康德、尼古斯·卡赞特扎吉斯、皮埃尔·阿塔纳斯·拉鲁斯、约翰·洛克、马丁·路德、尼可罗·马基亚维利、梅特林·马泰林克、尼克拉斯·马勒伯朗士、卡尔·马克思、尤乐斯·米希列、约翰·斯图尔特·密尔、约翰·弥尔顿、夏尔·德·塞孔达·孟德斯鸠男爵、布莱士·帕斯卡、弗朗索瓦·拉伯雷、欧内斯特·勒南、塞缪尔·理查森、让-雅克·卢梭、乔治·桑、西蒙·波娃、让-保罗·萨特、巴鲁赫·斯宾诺莎、劳伦斯·斯特恩、伊曼纽·斯威登堡、乔纳森·斯威夫特、西奥多·亨德瑞克·范·德·维尔德、伏尔泰、埃米尔·左拉、胡尔德莱斯·慈运理。

不仅基督教会，就连世俗统治者也发布过许多迫害“异端”所谓的“血腥诏令”。例如，1550年9月25日在奥格斯堡发布的“诏令”中说：

"朕禁止任何人刊印、抄写、持有、保藏、出售、购买以及在教会内、街道上和其他地点散发下列各人的一切刊印的或手抄的文集：马丁路德、约翰爱科兰巴第、乌尔利赫慈温利、马丁标塞、约翰咯尔文以及其他异端创始人、伪传教师和被神圣教会所谴责的无耻异端教派的建立者……朕还禁止秘密地或公开地宣传、拥护、复述或散布上述异端的学说；凡是破坏上项规定中任何一项的人，将作为叛徒、破坏社会治安和国家秩序者论罪处罚。这类破坏社会治安者将受下列处罚：男人——杀头，女人——如果不坚持自己的错误，活埋；但如果坚持，则受火刑；在以上两种情况下，他们的财产都应没入国库。朕禁止任何人以隐匿所、食品、衣服、金钱以及任何普通方式来帮助那些被揭发的异端犯或异端嫌疑犯；违者将和异端同样处罚。"注

中世纪教会对于世俗政治、学术、科学的干预和迫害，是中世纪之所以以黑暗而臭名昭著的主要原因。但是，不容否认的是，正是在这样一个黑暗的、看不见光明的时期，却是欧洲新文明的形成时期。当代史学家已经认识到：中世纪欧洲仍具有巨大的创造力，它在整个中世纪时期仍在持续地发生着变化。这种变化不仅体现在这一时期在欧洲出现了文艺复兴的曙光，并且，更为重要的是，欧洲社会在罗马法和自然法律思想这两大火炬的照耀之下，迈进了世界法治进程中一个全新的时代。

---

1. 阿里乌斯教派（Arianism）是由一位亚历山大里亚的基督教牧师所阿里乌斯（Arius，250—336年）提出。阿里乌斯认为耶稣并不是一个完全的神，而是三一中较低的一位，圣父和圣子并不会一直在一起。
2. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第123—124页。
3. 【瑞士】雅各布·布克哈特：《意大利文艺复兴时期的文化》，何新译，商务印书馆1979年版，第273页。

4. 彼特拉克《1370年11月29日致拉巴多·达·塞里科的信》，载彼特拉克：《旧时的书信》，约翰·霍布金斯大学出版社1992年，第414页。转引自朱孝远：《欧洲文艺复兴史—政治卷》，人民出版社2010年版，第33页。

5. 【美】约翰·梅西·赞恩：《法律简史》，中国友谊出版公司2005年版，第124页。

6. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第第293—295页。

7. 刘新利、陈志强：《欧洲文艺复兴史—宗教卷》，人民出版社2008年版，第243页。

8. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第第296—297页。

第二节
欧洲中世纪的法律传统

从某种意义上讲，后人对于中世纪完全负面的认识，在很多因素上是为前文所论及的中世纪时期基督教会的反历史潮流而动的行为背的黑锅。事实上，中世纪的欧洲并非完全像传统所认为的那样漆黑一团，杂乱无章，它也是一个有特定法律精神和法治结构的社会。这些法律精神和法治因素，以各种形式存在于日耳曼法、教会法和封建法等法律中。我们只要对中世纪欧洲所表现出来的那些纷繁复杂的法律形式予以认真地梳理，我们就可以发现，这些法律传统对中世纪的文艺复兴时期不同公民社会的孕育及相应的法律制度的形成，产生了积极的影响。甚至对16世纪以后新的法律思想的形成以及欧洲各国所发生的大革命，都提供了直接的养分。

一、日耳曼人的法律体系

（一）日耳曼人的习惯法

日耳曼人是北欧人种，属于雅利安或称印欧语系。他们早期活动于波罗的海西岸，后来不断地向东南方扩展，达到喀尔巴阡山一带，进而进入到莱茵河以及美因河流域。公元前2世纪，一些日耳曼部落进入高卢，曾直接与罗马军队发生冲突，虽然罗马军团战败了日耳曼人，可是，日耳曼的骁勇和无畏给以凯撒为首的罗马军团留下了深刻的印象。凯撒在《高卢战记》里记载了日耳曼人英武以及生活状况，认为他们与高卢人有着明显的区别。《日耳曼尼亚日志》的作者塔西

佗认为，由于日耳曼人长年在北欧的原始森林中生活，与外界隔绝，因而未同其他种族发生混合，其人种比较纯粹。他们体格健壮，民风粗犷，以畜牧业和渔猎为生，从未从事过商业和贸易。他们当时还没有稳定的国家和王权概念，如果与罗马人的文明程度相比，称其为野蛮人并不过分。但是，他们的精神状态比较开朗和直接，从不隐瞒什么。在讨论问题的时候，在每个人都说出了自己的心里话后，再重新加以讨论。根据讨论的情况，再冷静下来予以决断。

在日耳曼社会中，妇女承担了大量的劳动，因而女孩受到与男孩同样的抚育，甚至在战争中随军出征。日耳曼人实行比较严格的一夫一妻制。尽管如此，日耳曼人只有男性亲属才能构成一种亲族团体，而女性亲属则不在其列。亲族团体可以决定吸收或驱逐成员，同时又是一种农耕团体、政治团体以及军事编制，以保护自己的成员不受侵害。(注)

日耳曼人虽然骁勇斗狠，但却并非没有秩序、不讲法律，他们拥有自己古老的习惯法，而不是人为发布的法令。这些习惯法通过一些长者以民歌和民谣的方式流传下来。日耳曼人的民众大会也承担着部分司法功能，由一些裁判官主持裁判，判决由大会全体成员作出。当时在审判中也自然存在着神明裁判。

在日耳曼人的基因里对于个人自由的追求十分强烈，极端重视个人的荣誉。但是，他们不懂国家和王权的权威，每个人只做他愿意做的事情，并由他自己对他所做的事情承担一切责任和风险。

《法国文明史》的作者基佐曾明确地指出：“日耳曼人把自由的精神，把我们想象中的自由精神赋予我们，并在今天把它理解为每个个人权利和财产，而每个人个人则都是他的自身、自己的行动和自己的命运的主人，只要他不损害其他个人。”但是，“直到现在，人总是被同化于教会和国家。只有在现代的欧洲，人才为自己并按照自己的方式活着并谋求自己的发展，但他看到自己的目标和权利就在自己身

上。我们必须把我们文化的这个显著的特征归溯到日耳曼的风俗习惯上去”。㊟

可见，欧洲人自己把近代欧洲自由主义的发端以及现代欧洲人的崇尚自由的精神归溯到了日耳曼人那里。

除了自由主义精神之外，日耳曼人所天生具备的所有人，即使是国王和贵族，也都必须遵守习惯法的习惯，也是造就欧洲人法治理念中的“国王在法之下”理念的源头之一。因为，在日耳曼人的社会里，国王从来就不拥有最大的权力，况且，在入主欧洲大陆之前，长时间内他们根本就没有国王，一切事情均由民众大会决定。

此外，日耳曼人中存在的“从士”制度，是西欧封建主义的主公和仆从之间类似于契约的互相负有责任的效忠关系的源头。从士的本意是指同志之间的一种联合。从士的性质是一种私人武装，从士一般居住在主公（君主或者诸侯）家中，一切饮食起居均在主公家里。作战时，从士跟随主公出征，类似于亲军护卫，一旦主公有事需要他效力，他则义不容辞，甚至以命相报。而主公对从士也有保护的义务，如果从士遭到伤害，主公有义务为其报仇或追索赔偿金。这种从士制度，培育了欧洲人的契约精神的传统，它与前文所述的自由主义精神、“国王在法之下”的理念，对于近代欧洲逐步走向法治社会共同产生了重要的影响。

（二）日耳曼各王国的成文法

公元1世纪末至3世纪，各日耳曼部落开始结成较大的联盟，除了法兰克外，主要还有东哥特、西哥特、汪达尔、勃艮第、阿勒曼尼、盎格鲁、萨克森和伦巴德等。在公元5世纪当日耳曼人各部落联盟涌入罗马帝国境内的时候，由于传统的日耳曼习惯法已经不能适应新的社会的需要，于是，日耳曼法逐渐进入成文法的阶段。自5世纪后期开始，各日耳曼部落在罗马法学家的协助下，开始编纂成文法。但这些法典在内容上仍以习惯法为基础，由此编纂成的法典史称“蛮族法

典”或“日耳曼习惯法汇编”。其中最早的是西哥特王国的《尤列克法典》（466—484年），此后还有勃艮第王国的《耿多伯德法典》，萨克森人的《萨克森法典》、《佛里西安法典》，巴伐利亚人的《阿勒曼尼法典》、《巴伐利亚法典》，法兰克人的《萨利克法典》、《里普利安法典》、《夏马威法典》、《图林根法典》，肯特王国的《埃塞伯特法典》，萨克森王国的《伊尼法典》，英吉利王国的《阿尔佛列德法典》、《卡纽特法典》，斯堪的纳维亚各王国的《裘特法典》、《格拉新法典》等。(注)

这些法典基本上都编纂于5世纪末至11世纪的这五、六个世纪中。在这些法典中，虽然主要记载了日耳曼各部落的习惯，但也吸收了罗马法的原则，使用了某些罗马法的术语。由于日耳曼法仍然继承日耳曼习惯法中的“属人主义”原则，即某一部族的法律只适用于本部族成员，无论本部族成员居住于何地都必须遵守本部族的法律，同时受本部族法律的保护；而在同一部族范围生活的外族人，即使多年居住于此，也不受本部族法律的保护，因而，日耳曼各王国在法律适用上因人而异，即对日耳曼人使用日耳曼法，而对罗马人则使用罗马法。因此，在日耳曼人征服的原来的罗马人的土地上，实际上存在着日耳曼法与罗马法并存与融合的局面，也即是说，在各族杂居的情况下，为了兼顾日耳曼人与罗马人的各自利益，实行了双轨制的属人主义法律原则。这也是罗马法得以在欧洲大地上很快得以复兴，并很快成为欧洲大陆国家立法和法律思想渊源的主要原因。

（三）日耳曼法的主要特点

日耳曼法反映了西欧早期封建时期法律的特点，它与西欧的封建制的形成相适应，西欧的封建制法律由日耳曼习惯和罗马法相溶合而形成。(注)

其基本特点为：(注)

（1）个人权利义务的行使要受家庭、氏族、公社的约束。

（2）氏族全体成员不论居住何地，均受本氏族部落法律的支配，即所谓“属人主义”。

（3）没有规定一般抽象的法规，只针对具体生活关系规定解决具体案件的规则。

日耳曼法被认为是现代欧洲法律体系的渊源之一。从历史渊源来看，欧洲现在的法律体系，实际上是日耳曼法、罗马法和中世纪的教会法以及商法的混合物。注

而在上述的日耳曼人的这些法典中，编纂完成于公元486-496年的《萨利克法典》，由于受罗马法的影响最少，是后世研究日耳曼法的最主要的对象。

（四）法兰克王国的法律制度

《萨利克法典》是法兰克王国的习惯法和国王法令的汇编，也是流传至今、影响最大的“蛮族法典”的典型代表。它是法兰克王国主要的法律渊源。除此之外，还有王室法令和诸如罗马法、教会法以及各部落、王国的法律等。

法兰克法律在财产权的保护，诉讼，惩罚抢劫、抢夺、杀人、盗窃犯罪，财产损害的赔偿，以及婚姻、继承、债务清偿、借贷、土地等各个方面，都有着独特的制度和规范。

1.财产权的保护注

法兰克法律严格保护动产所有权，当丧失所有物时，所有人有追及权。但是，分为两种情况来处理：如果基于自己的意思自动将所有物交给相对人保管或者使用，所有人根据契约有权要求相对人返还所有物。如果相对人将物转交给第三人，或未第三人所侵占，所有人可以向相对人要求赔偿损失，但不能要求第三人返还该物；如果违反所

有人的意思，将所有人的动产通过盗窃或抢劫的手段拿到自己手中，不论该物已经转移代何人手中，所有人都有权要求返还。如果现占有人能够证明该物是自第三人处合法取得，自当免除责任，所有人即转向第三人请求返还，如果第三人也是合法所得，所有人可依次向前转让人追索，直到转让人拿不出证明合法取得的证明为止。这时，该转让人不仅应返还原物，还要交纳罚金。[注]

根据《萨利克法典》第2条的规定，偷盗一只小猪罚3个金币，偷盗一只满一岁的猪罚3个金币，偷盗满两岁的猪罚15金币，偷盗一只母猪或带领一猪豚的母猪罚17.5金币；对于后三种情况，还要另加所偷的猪的价值和赔偿损失；第3条规定，偷盗一只公牛或带犊母牛，罚35个金币；第10条规定，偷盗奴隶、马匹或驮兽罚30个金币；第27条规定，有人闯入人家的园地，意图窃盗，罚15金币，另加所窃东西的代价和损害赔偿；从人家的田地里盗窃了亚麻并用马匹或马车运走，罚3金币。

2.对于犯罪的惩罚

犯罪的种类有侵袭、抢劫、放火、杀人等少数几种。但是，当时对于侵权行为和犯罪还没有区别。一般说来，侵害个人利益者为侵权行为，而侵害部落全体利益和侵害个人利益的同时又侵害全体利益者够犯罪。[注]关于刑罚，法典中普遍都是用支付赎金的方法来代替刑罚的规定。据笔者统计，在法典中涉及犯罪行为的条款中，其刑罚基本上都是以罚金的方式予以惩处。罚金多少由被害人的社会地位来决定。例如，第41条规定，任何人杀死一个自由法兰克人或遵守萨利克法律而生活的蛮人，应罚200个金币；杀死替国王服务的男人或同样的自由妇女（即贵族），应罚600个金币；杀死有权利在宴会或开会时和国王同坐一桌的罗马人，应罚300金币；杀死一个罗马农民而非国王的共桌人，应罚100个金币；杀死负有纳税义务的罗马人，应罚63个金币。第54条规定，杀死伯爵，罚600个金币；杀死男爵或副伯爵（国王的奴仆），罚300个金币；杀死自由人男爵，罚600个金币。

第58条规定，如果赎罪金太高（如杀死贵族），个人无力交纳的，他必须当众做出一定的程式动作（向他希望替他交纳赎金的亲属身上撒泥土）表示希望别人替他交纳赎金；如果加害人的近亲属均无力交足赎金，在百户（民众）大会上经过四次会期仍无人愿意补足其未交足的部分，则加害人应以生命抵付赎金。第62条规定，被杀死的人如果是某人的父亲，那么赎罪金中的一半应归其儿子领取，其他一半由死者的父系和母系方面的近亲属分配；如果死者在父系和母系方面均无任何近亲属，这一部分则应归入国库。

3.损害赔偿

第36条规定，有人被任何四脚的家畜伤害致死，家畜主人应付一半的罚款，告诉人可以将该家畜据为已有，作为其他一半的罚款。

4.婚姻与继承

法兰克实行一夫一妻制，但贵族和国王则盛行一夫多妻。其婚姻形式是买卖婚，又男方或男方的家长同女方的家长缔结买卖性质的契约而成立。这时的女方仅仅被当做契约的标的物，而非婚姻的当事人。在结婚仪式上，女方家长把一支长矛交给新郎，表示新娘已由女方家长的权力支配之下，转到新郎家长的权力支配之下，此时，新娘要跪坐在新郎面前，以示服从丈夫。但是，法兰克法律也反对抢亲的行为。法典第13条规定，如果三个人劫走一个自由姑娘，他们各须付30个金币作为赎罪金；如果有人随身带箭，则应付三倍的赎罪金；对夺得姑娘者须交纳63个金币；如果被劫走的姑娘是在国王保护之下的，以破坏国王和平罪论，应付63个金币；如果是国王的奴隶或者半自由人劫夺自由妇女，则应处死刑；如果自由姑娘自愿跟随奴隶，应剥夺该姑娘的自由；如果自由人劫走别人的女奴，也应受到同样的处罚。

法兰克对于寡妇再婚有着明确的限制。法典第44条规定，如果男人死了，遗下寡妇，而有人要娶她，他就必须具备一定数量的金币和银币，而且还要在司法会议上得到大家的同意；如果不经过一定程序

而擅自娶了寡妇，必须给付有权领取聘礼的人63个金币；即使一切按照法定手续办理完毕，也应向应领取聘礼者交纳3个金币和1个银币。有权利领取聘礼的人的顺序是：姊妹的儿子——外甥、外甥女的长子、堂姐妹的儿子、母亲的兄弟、前夫的弟兄，如果没有六代以内的亲属，那么聘礼等一概归入国库。

法兰克一概实行法定继承，没有遗嘱继承。动产继承的顺序是：子女、父母、兄弟、姊妹。无以上近亲属由远亲继承。在同一亲等中以男性为先。不动产（各个家庭占有的份地）在家长死后只能由儿子继承，无儿子交回公社。到六世纪下半期之后，女儿、兄弟、姊妹也有了不动产的继承权。㊟

5.契约制度

法兰克的契约形式仅有买卖、借贷、寄托几种。订立契约必须讲一定的语言，作一定的动作，契约才能成立。例如，土地转让契约，除了需要达成所有权转让的协议外，双方还要谐同若干证人到被转让的土地上，在证人之前以特定的语言不是转移该土地所有权的合意，让与人把土块、草皮等象征土地转移的物品交到受让人手中，或者让与人从自己手上脱下一只手套或护手铁甲戴在受让人的手上。这样，整个所有权转移的程序才算完成，契约才开始生效。

6.土地制度

法兰克的土地制度经历了一个由农村公社制度向自主地制度、采邑制度和特许状制度逐步发展的过程。这个过程也是法兰克土地制度由原始社会的公社集体所有制向封建土地所有制转变的过程。这个过程先后经历了4个世纪左右的时间。

在法兰克王国初期，不动产所有权基本上属于公社集体所有，但是，不动产房屋和宅旁园地为家庭私有；公社集体所有的耕地分配给各家庭使用。但各家庭对耕地只有使用、收益的权利，管理和处分权仍属公社所有。关于份地的继承，《萨利克法典》第59条规定，土地

遗产无论如何不得遗传于妇女，而应把全部土地传给男性，就是弟兄。因此，份地由男系子嗣继承。但到了7世纪出现了“自主地”的概念，此时，份地已经买卖、交换和赠与，其处分权已逐渐从公社向社员个人转移。除了被国王分封的一部分土地之外，其余的土地大部分被自由农民占有。但是，农民既要服兵役又要承担繁重的苛捐杂税，他们不得不向贵族和教会请求保护，条件就是交出自己的土地，然后向保护人领取份地耕种，交租纳贡和服劳役，农民便成为了被固定在土地上的农奴。从而形成了所谓以寻求庇护为特点的“委身制”，也叫托庇制度。

到了8世纪，又出现了“采邑制”，即贵族从国王那里领受封地，领受采邑（酬劳）的贵族必须为国王尽一定义务，主要是服兵役，不得世袭，领主死后由国王收回土地，领主的继承人只有通过新的受封仪式继续履行义务，才能继续占有采邑。同样，大贵族将自己领有的一部分土地再封给其亲信，这些亲信也必须向大贵族尽义务。这样，在国王和贵族之间、贵族之间就形成了以权利义务关系相联系的封建等级关系。后来，国王为了加强自己的地位，防止贵族门脱离自己，又实行了“特恩权”，即国王颁发给亲信领主一种“特许状”，其中载明禁止地方官员进入持有特许状的领主领地行使税收和审判等方面的职权。这就使得领主对其领地拥有了法律认可的独立的统治权，使得土地所有权和政治统治权结合起来。到此时，典型的封建土地所有制已经形成，西欧的封建制度得以确立。

7.借贷

法兰克法律严格保护债权人的利益。《萨利克法典》第52条规定，如果有人把自己的某些东西借贷于别人，而后者不愿意归还他，他应偕同证人同到借他东西的人的家里，通知他如下的话：“因为你不愿归还我所借给你的东西，那么，依萨利克法律，今天你还可保有它。”并指定他应归还的期限。乳沟届时他还是不肯归还，应在给予延期7天。如此三次他仍然不肯归还，那么，每次增加债款各3个金币。

如果他还不肯还债，除债款和三次通知所加的9个金币外，还应另付15个金币的罚款。如果债务人确无财产可以还清债务，可由法庭判决扣押债务人的人身，交给债权人为奴。

从上述内容来看，《萨利克法典》中罗马法的因素很少，因此，它成为了我们研究日耳曼法和中世纪欧洲法律传统的一个最重要的资料。

二、教会法在中世纪的发展

在整个中世纪，与日耳曼法同时通行于欧洲的还有基督教会的教会法。从本质上说，基督教会法律中的大部分一种继承了罗马法的传统，但它更以基督教的精神为核心。对于教会法的起源及其基本内容，在本书的第五章爱的律法中已经有所论述。这里主要就中世纪时期教会法在欧洲的发展及其主要特点做一个简要的论述。

教会法在中世纪大致经历了两个阶段:

> 第一个阶段，即形成和发展阶段，自4世纪至11世纪。早期的基督教会并没有统一的管理和法律，五大主教区各自出现了一些教会法典汇编，如宗教会议的决议、法令、地方教会的法规、修道院的规章、教宗的私人信函等等。但是，这些文献之间体例混乱、缺乏系统性，其法律效力有限。当时的这些文献大多数都是由各地的教士编写的，缺乏权威性。
>
> 第二个阶段，自11世纪至16世纪。此段时期，是教会法系统化的时期。教宗明确规定，只有教宗所颁布和核准的教会法律有效，陆续出台了诸如《教皇御旨》、《74章教集》等宗教法律文献。12世纪兴起了意大利波伦亚大学教会法学派，出现了有关教会法的专著和注释汇编。1140年，修道士格兰西完成了《教会法汇编》一书。此书系统地分析研究了教会法令，为教会法的研究提供了法理

依据和资料，后来不仅成为高等学校的法学教材，也成为宗教审判的依据。一般法制史学家把此书分成三部分：注

第一部分有101节组成，每节包括数条至数十条教规。第1—20节讨论法学基础理论，其中第10节讨论的是教会法与世俗法的关系；第21节—第80节讨论神职人员的选拔和提升。第81—101节讨论主教的素质、教会经济和济贫，以及教会与国家的关系等问题。

第二部分由35个案例组成，每个案例包含数个问题，每个问题下有数条至百多条教规。第1案例讨论神职买卖的弊端；第2—6案例讨论教会法的程序；第7—10案例讨论主教的职权；第11案例讨论犯罪神职人员的审理；第12—14案例讨论经济；第15案例讨论一些特殊的程序；第16—20案例讨论修道院；第21案例讨论与教堂神职人员有关的问题；第22案例讨论誓约和假誓；第23—26案例讨论异端；第27—35案例讨论教会的婚姻法。

第三部分《论圣事》主要涉及基督教礼仪，共四节，每节有数十到一百多教规。

13世纪，教宗格里高利九世（Gregorius IX，原名Ugolino di Conti，约1143—1241年，1227—1241年在位）主持编纂并颁布了历史上第一部官方教会法典——《格里高利九世教令集》（1234年颁布），后来，教宗卜尼法斯八世（1294—1303年在位）又于1289年颁布《卜尼法斯八世教令集》作为前者的补充。1317年，教宗克莱蒙特制定《克莱门特教会法规》，并由教宗约翰二十二世（教宗若望二十二世，Ioannes XXII，约1249—1334年，原名Jacques d'Euse，1316—1334年在位）公布。1582年，教宗格里高利十三世（Gregorius XIII，生名Ugo Boncompagni，1502－1585年，第227任教宗，1572—1585年在位。）将上述几部教会法经典加上格兰西的另外两部著作合而为一，命名为《教会法大全》。这是一部在教会法发展史上极其重要的一部经典性文献。在本书的第五章中有所介绍，在此不再展开。

这一时期，由于基督教教士是当时唯一的知识阶层，他们不仅参与立法还担任法官，所以，教会法的立法任务自然地也落在了他们的身上，因此，教会法在结构、形式和精神、原则上都吸收了罗马法的模式和法学原理。因而中世纪教会法被看做是罗马法在中世纪的延伸和发展。当时，教会法的基本内容一部分为教会事务，包括节日、圣礼及教会内部的管理规定，另一部分为世俗事务的规定，包括财产权、债权、婚姻、继承以及刑罚等的规定。这就造成了在中世纪时期教会法与日耳曼法长期并存的局面，它们之间彼此渗透、彼此补充，形成了中世纪法制史上的特有现象。注

三、封建法

（一）欧洲封建主义的产生及其特征

欧洲封建主义萌生于罗马帝国时期的隶农制，在其与日耳曼人的氏族制因素互相影响，互相结合之后，终于催生出西欧封建主义和封建制度。

封建主义（feudalism）一词来自于封土（fief），其意是一种为换取军役服务而授予财产。其要点在于土地分封制度，其所表现出来的两种关系——领主与封臣之间的人身依附关系和土地的分封保有关系。

476年西罗马帝国灭亡后，部分原先的罗马贵族与日耳曼人的上层，在西欧封建制度产生过程中日益合流，共同构成了法兰克王国的封建统治阶级。496年以后，基督教会也成为封建国家机器的一部分。西欧封建制度大体产生于6世纪下半叶至8世纪上半叶，其标志就是法兰克王国宫相查理·马特改革土地分配制度，变无条件赏赐为有条件分封，史称“采邑改革”。采邑改革促进了西欧封建制度的发展。

封建制度在其产生之初的目的是出于军事上的考虑。在当时非常动荡的社会环境里，弱者不得不寻求强者的保护，将自己及其所有的财产投入到强者的名下，以换取强者的保护；而强者也有赖于被保护者为其提供劳役和兵役。强者要维持一支足以保护自己和附庸的武装力量，也必须供养武士，而笼络武士的最好的办法就是通过分封土地和财产来换取武士的服从。于是，逐渐就形成了以个人效忠和土地分封为基础的制度，此即西欧的封建制度。

欧洲封建制度的核心就是领主、封臣及土地，这个核心所体现出来的也是封建制度的三大最基本的特征：领主、封臣和采邑，封建制度的基本结构就是这三大元素。领主是拥有土地的贵族，封臣是拥有领主所分封给他们土地的人，而这些分封出的土地就是采邑。封臣要为领主而战斗，作为对领主给予采邑的回报；而领主要尊重封臣的权利并负有保护封臣的义务。就是领主、封臣和采邑之间的这种关系与相互责任构成了封建制度的基础。在一个领主把土地分封给某人之前，他得先令那人成为封臣。这需要一个正式的象征性的仪式，称为赞誉仪式（commendation ceremony），该仪式包含两个部分，忠顺誓言（act of homage）和效忠宣誓（oath of fealty）。在忠顺誓言中，封臣承诺听从领主的命令作战。“效忠（Fealty）”也就是忠诚；效忠宣誓因此成为一个保证，即封臣会忠于领主。一旦赞誉仪式完成，领主和封臣就建立了封建关系，拥有了双方承认的相互间的义务和责任。领主对封臣的主要义务是给予一块采邑或是其收入；采邑是封臣建立封建关系的主要原因。此外，领主有时还需要承担别的义务。其中一个就是维护这块采邑。由于领主并没有割让这块土地而仅仅是租借，所以维护这块采邑仍然是领主的责任。而封臣拥有权力获得该采邑产出的收入。另一个领主需要承担的责任是他必须保护采邑和封臣不受伤害。而封臣的主要责任则是在领主遇到战争威胁时及时地向领主提供“援助”，也就是服兵役，封臣响应领主的征召服兵役以保证领主的权益。这种军事上的互相协助机制是领主建立封建关系的主要原因和基础。此外，封臣有时候还需要承担对领主的其他责任，比如，向领

主提出“忠告”。特别是当一个领主面临大的抉择，比如是否需要进行战争的时候，他会召集所有的封臣并召开一次参议会。封臣也可能被要求上缴采邑产出的一部分财物给领主。封臣有时候也被要求向领主缴纳税赋。所以，在整个封建制度中，采邑是这个关系的核心。根据领主的权力，封地可以是小至一块小农田或大至一个区域的土地。因此，有很多不同“级别”的统治权和封国。国王是一个领主，他租借采邑给贵族们，他们是国王的封臣；同时，贵族是他们的封臣，是他们的土地上劳作的农民的领主。最后，皇帝是向国王们提供采邑的领主，而国王则是皇帝的封臣。这就是欧洲中世纪封建社会的最大的特征。

（二）封建法的主要内容及其特征

如果说日耳曼法仅仅是西欧早期封建时期法律的代表，那么欧洲进入12世纪之后是出现的封建法，则是规范欧洲封建社会的法律体系。“封建法或称封建领主法是规定臣服、统领、利用和保护等特殊关系的法规，这些关系是以领主和其臣属之间的封建人身约束为特征的。”[注]这里的封建法是指欧洲中世纪的封建法（feudal law），它是以调整欧洲中世纪时封建领主之间或封君与封臣之间特点的权利义务关系为目的的法律体系。封建法的主要来源是日耳曼习惯法，它与罗马法有着明显的区别。从前面我们对于日耳曼法的描述来看，日耳曼法中并没有形成罗马法中的物法概念，它所用的是占有，无论封君还是封臣，他们对土地的权利都是用占有来表达。因而，在一块封地上就可能出现好几个人的权利，也就是说几个人同时对同一块土地享有权利。这与一物一权的理论是相悖的。因此，它是一种附有条件的私有权。此外，中世纪之时国家仅仅是一个概念，掌握司法权的往往是一些领主，这些领主根据分封的关系以对个人的忠诚取代了罗马时期对于国家的忠诚，他们只服从于分封给他领地的比他等级更高的大领主、大贵族或国王。因此，欧洲中世纪的封建法在很大程度上是一种等级法，或者叫分封法，它的主要任务是维护封建分封等级下的特权

和义务。对于国王来讲，他通过封建法所要维护的是他对于低一等的大贵族的分封的权力和特权；而对于大贵族来讲，他一方面要履行他于国王所约定的义务，另一方面，他又要维护他对于比他低一等的小贵族或者骑士的特权和权力。以此类推，这样层层地分封下去，就形成了一个金字塔形的社会结构，高踞在金字塔顶端的是国王，而被压在最低层的是农奴。

但是，我们也应当看到的是，尽管封建法律体系是维系这座金字塔的基础和工具，可是，封建法律所体现出来的一些基本法治观念，则又是维系封建法律体系的根基。这些观念中，最突出的就是契约观念。领主和封臣之间的依附关系是通过一种类似于契约的方式建立起来的。领主与封臣之间，领主不仅享有种种封建权利，同时也必须承担一定的义务。法兰克诸王的法令集虽然提到了封臣必须遵守的义务之外，对于领主的不当行为则作出了明确的禁止。比如，如果领主试图将封臣降至奴役的地位，或如果领主阴谋杀害封臣，或如果领主同封臣的妻子通奸，或如果领主攻击封臣，或领主在可以的情况下没有保护封臣，封臣就可以根据以上理由正当地解除同领主的依附关系。[注]

在臣服礼的仪式中，封臣必须跪在领主之前，合拢自己的手掌，并把手掌放入领主的手掌里，乃向领主说：“大人，现在为了某某采邑，我成为你的亲近附庸。我现在向你承诺：拥护您，保护您，反对一切人，无论将来生的和现在死的。”而领主必须回答说：“在不破坏我的权利的条件下，我接收你的附庸关系，及你对上帝与我的忠诚的信守。”然后，封臣还要以亲吻领主来表示忠诚。[注]这些仪式都完成之后，领主与封臣之间的关系才算正式成立。这种以契约形式形成的封建关系，其封土是不可以继承的，欲继承前封臣的人必须重新向领主行臣服礼，封土并不存在天然地继承关系。封建契约必须建立在双方同意的基础之上，而且这种同意还必须在进行了公开的仪式之后，

才可以成立。有一些封建关系的建立，则具备有完备的契约形式，双方以书面的方式明确约定双方的权利义务，并有证明人共同签署。

12世纪中期，在法国人建立的耶路撒冷王国里曾经制定过一部《耶路撒冷宪章》，里面除了规定了领主与封臣建立封建关系的仪式和程序，还详细规定了作为封臣（附庸）对于领主所应当承担的义务和责任，以及领主对于其附庸所应当承担的责任。具体地说，附庸的责任包括：（1）不侵犯，也不强制别人侵犯领主的人身，不容许并尽力不让任何别人这样做；（2）如果没有领主的允许，不得擅自拿取，也不强制别人拿取与扣留领主财产里的任何东西，除非依照领主法院的判决与通知；（3）不得在意见上进行反对自己的领主，也不得举起武装反抗领主，除非和自己的领主一道进行，他们对于领主和对他同样负有忠诚的义务；（4）不得故意破坏自己领主的名誉和使之遭受物质的损害，也不得容许别人这样做。领主的责任包括：（1）除非依照法院的审理与通知，不得亲自或通过他人侵害自己的附庸的人身与采邑；（2）领主必须像附庸对领主那样遵守所该遵守的一切，他们必须小心地互相信守不渝。宪章还特别规定了在战斗中附庸对于领主应当做到的一起，比如，在领主遭受到危险时，附庸必须尽全力保护领主脱离险境，包括把自己的战马让给领主骑乘；如果附庸执行了上述的忠诚义务，领主就应当免除其一切义务；但是，如果附庸没有履行上述的义务，他就破坏了对其领主的忠诚，如果领主能够在向法院的控诉里证明这一点，他可向任何迫害忠诚的凡人一样对付这个附庸。[注]

这种权利对等交换的做法，与那种建立在君臣之间极不平等的“君叫臣死，臣不得不死”的独裁、专制的统治方式要显得公平得多。这种领主与封臣之间的封建关系，所表明的是一种契约关系，它体现出来的契约精神和权利义务相对等的理念，是日后欧洲分权制衡、契约民主和君主立宪的萌芽和雏形。

除了契约精神之外，对权力的限制，也是欧洲中世纪封建法的一个重要特点。伴随着土地分封制度产生出来的不是像东方那样中央集

权的政体，而是形成了公共权力日趋衰落，公权力的私人化的现象。受封的贵族在获得国王分封给土地的同时也必须承担一定的公共管理责任，他们在保有土地的同时也须负责地方上的司法事务。这种司法权在当时的人们看来不是一种权益，反而是一种责任和负担，因为，他们从中得不到以外的好处。他们所承担的司法事务，实质上仅仅是一种责任，一种伴随在保有土地的同时所应当负起的义不容辞的责任。

如前所述，由于领主和封臣之间是一种契约关系，因而，如果领主（国王）滥用权力，无端加重封臣的负担，封臣可以奋起反抗。这种反抗被认为是保障个人自由的需要，其目的是为了不接受他人的奴役。

《萨克森明镜》中有这样的条款："如果国王及法官的做法有悖于法律，（封臣）就可以反抗，不惜针对其发动战争。"[注]《萨克森明镜》是约在公元1230年至1235年间，萨克森贵族埃克·冯·雷普高使用德语把德意志北部地区的习惯法汇编成的书，旨在资助政治，其性质与中国北宋时期（11世纪）司马光主持编纂的《资治通鉴》有异曲同工之处。该书成为奠定德意志法律大厦的第一块基石。

除了反抗权之外，封臣还可以通过离开领主，不再承担任何义务的方式，以对抗领主的违约行为或者对其做了不公正的事情。身兼法国13世纪法学家和博韦省克莱蒙特郡守两重身份的博马努瓦尔的菲利普·德·瑞米（Philip de Remy，1247/1250—1296年）于1280—1283年写成的《博韦人的习惯法》（Coutumes de Beauvaisis）曾记载了封臣放弃封地和封建关系的程序：

> 根据我们的习俗，任何人也不得向他所述的领主挑战，除非他放弃与其领主的君臣关系和他从他那里取得的一切。因此，如果任何人因为他的领主得罪了他而想控告他的领主，则必须在上诉之前，到他的领主那里并在自己的同阶人士面前对他说："老爷，我

曾在一段时间里效忠于您与您缔结了封建关系，并以封地的形式从您那里取得了这些世袭财产，现在我放弃这种封地和与您缔结的封建关系，因为您对我做了不公正的事，为此，我通过上诉寻求纠正。”放弃了这种封建关系之后，他必须召唤他到他国王的宫里去并提出上诉；如果他在放弃封地和封建关系之前就上诉，他就得不到损害赔偿金，而必须付一笔罚款给封建主，因为他在宫里和到宫里去的路上都说了他一些坏话。罚款每案为六十个利佛。注

这样一来，就要求统治者必须尊重法律以及与封臣所签订的契约，否则他就可能丧失其已经得到的地位和权力。所以，在中世纪的欧洲，对于国王的要求必须施政公正，即所谓：“国君公正则立，不公正则废”。君主的两个最主要的美德是公正和明理。因此，他们认为，君主和人民一样也必须尊重法律。法律不仅是上帝给予人民的，也是给予君主的，因此，不但国王和显贵必须遵守和服从法律，人民也必须遵守和服从法律。这实际上就树立了一种王和贵族与人民在法律面前一律平等的理念，也就是说王、贵族和人民都在法之下，法是至上的和不可侵犯的最高的准则和标准。

可见，欧洲中世纪时期就已经造就了一种对于权力进行限制的观念和制度，在这样的观念和制度下，任何人都不得超越法律为所欲为。即使是国王治理国家，也必须符合法律而公正地统治。所谓“王在法下”一直是中世纪欧洲封建社会遵守的铁律。因此，这就是近代欧洲不断爆发针对国王暴政的革命的原因和源头。人民通过不断地革命的目的，是以期达到消除一人专权，建立一种“王在法下”政权机制的宪政体制。

在中世纪欧洲，还存在着一种封建会议的理政形式。每当遇有政府事务需要作出决定的时候，领主就会召集受封的封臣一起商讨对策，商讨的内容既包括一切政府事务，也包括司法事务，以及领主在既定的封建义务之外要求封臣们承担额外负担的义务，在征得封臣们的同意之后，领主方可实施相关的措施。这种封建会议实质上是对于

王权的一种制约，特别是国王在试图增加税收的时候，就必须由封建会议来讨论决定，国王一人绝对不可以擅自做主。否则，就会招致巨大的麻烦。颁布于1215年的著名的《英国大宪章》第12、14、15和16条规定，非经全国公意许可，除了赎回英王本人的身体所需、英王之长子受封武士所需和英王长女出嫁时所需之三项税金外，国王不得征收代役税或贡金；凡是涉及到征税之事项，英王应召集各大主教、主教、长者、伯爵及男爵，以及其他长官，商讨之，并得到他们的同意，不以缺席人数阻延之；英王不得准许任何贵族嗣后征收自由民任何贡金；对于凡服务于武士采地或其他自由保有地之人，不得强迫其服额外之役务。(注)英国大革命爆发的直接根源，就是查理一世继位后，大肆搜刮钱财，仍然独断专行，由于议会不同意他随意收税，他竟多次解散议会，结果形成多年无议会统治的局面，革命运动随之逐渐蓬勃兴起，越演越烈。城市平民和失业的手工业者为生活所迫时常暴动。其直接导火线就是1638年苏格兰人民起义，查理一世为了筹划军费，镇压苏格兰人民起义，与国会产生了尖锐矛盾所致。

在中世纪的欧洲，存在大量适用陪审团的做法；并且还盛行一条“同阶审判”的规则，即在各级封建法院，领主或官员的职责就是主持程序、宣布判决和发布执行的命令，司法审判的工作则由同被告处于同一等级的人完成。这样做的目的是为了避免领主及其官员滥用权力，造成司法的不公。这种限制和避免领主权力滥用的规则，应当是后来保障自由人未经正当的程序，个人的自由和财产不受侵犯的原则的渊源和基础。

综上所述，欧洲中世纪的封建法至少具备以下几个基本特征：

第一，注重契约精神；

第二，关注法律和权利意识；

第三，对国王及贵族的权力予以限制；

第四，显露出近代法治的曙光。

所以，如果从世界法治发展的角度来看，对于欧洲中世纪的评价，恐怕就不能笼统地用黑暗或者无知、愚昧、倒退来一以概之，而是要以历史和客观的眼光具体分析其封建制的内涵及其所起的历史作用。

（三）黄金诏书

1.《黄金诏书》颁布的背景

962年，德意志国王、萨克森王朝的奥托一世（Otto I，912—973年，936—973 年为德意志国王，962 年加冕为神圣罗马帝国皇帝，史称奥托大帝Otto der Große，962—973年在位）在罗马由教皇约翰十二世加冕称帝，成为罗马的监护人和罗马天主教世界的最高统治者。从1157年起，帝国被称为神圣罗马帝国，全称为德意志民族神圣罗马帝国或日耳曼民族神圣罗马帝国，此即古德意志帝国，或称为第一帝国。帝国极盛时期的疆域包括近代的德意志、奥地利、意大利北部和中部、捷克、斯洛伐克、法国东部、荷兰、比利时、卢森堡和瑞士。帝国统治者以罗马帝国和查理大帝的继承者自命，对外大肆扩张。11—12世纪，神圣罗马帝国皇帝同罗马教皇为争夺主教继任权发生激烈斗争。尽管如此，在整个中世纪，帝国和教会在维护封建制度方面，是始终紧密合作的。帝国统治者多次入侵意大利，旷日持久的战争消耗了帝国的实力。霍亨施陶芬王朝（Hohenstaufen，欧洲历史上神圣罗马帝国的王室之一，统治时间为1138—1254年）统治时期，中央权力衰落，国内各地缺乏经济联系，帝国成为承认皇帝最高权力的各封建公国和自由市的不巩固的联盟。

1254—1273年是德意志历史上的空位时期。这个时期，各诸侯、骑士和城市间的纷争和内讧连绵不断。13世纪末，帝国出现许多独立的封建领主，皇帝对其直辖领地外的封建诸侯已经失去了管辖权。此时出现了德国历史上的一种特殊现象——选帝侯。这个词被用于指代那些拥有选举罗马人民的国王和神圣罗马帝国皇帝的权利的诸侯。此

制度严重削弱了皇权，加深了德意志的政治分裂。神圣罗马帝国在霍亨斯陶芬王朝结束后25年内皇位空缺，史称“大空位时代”。1273年，大空位时代结束后，德意志的历代皇帝主要由当时最有权势的三家王族——波西米亚的卢森堡家族、巴伐利亚的维特斯巴赫家族和奥地利的哈布斯堡家族轮流选出。这种由三大家族交替掌权的情形一直持续到1806年神圣罗马帝国被法兰西皇帝拿破仑强迫解体时为止。1346年来自卢森堡家族、“当选”为皇帝的查理四世，皇权极其软弱。他在选帝侯的压力下，于1356年颁布了所谓的“黄金诏书”。1356年，卢森堡王朝的查理四世皇帝为了谋求诸侯对其子继承王位的承认，加强帝国的皇权，在纽伦堡制订了著名的宪章——“金玺诏书”（即黄金诏书，因诏书上盖有黄金印玺，故名），正式确认大封建诸侯选举皇帝的合法性。诏书以反对俗世的七宗罪为宗教依据，确立了帝国的七个选帝侯。1806年，神圣罗马帝国被法国皇帝拿破仑勒令解散，选侯权失去了意义。德国人在论述其帝国历史时，将神圣罗马帝国定义为“第一帝国”，其和后来的德意志第二帝国（即德意志帝国）及德意志第三帝国（即纳粹德国）加以串连计算。

2.查理四世的身世

查理四世（Karl IV，1316－1378年）是波希米亚国王卢森堡的约翰的长子，母亲是约翰的前任、波希米亚国王瓦茨拉夫三世的妹妹埃利什卡。查理四世17岁时就被父亲任命为波希米亚军队总司令，随父四出征战，巡游列国。后来其父双目失明，他便成为了其父的共治者，1346年正式继承了王位。他在少年时代受到未来的教皇克莱孟六世的教育。查理在1333年成为摩拉维亚的藩侯和波希米亚军队总督，1346年继承了父亲的波西米亚国王的王位。1346年，一部分德意志诸侯在敌视皇帝的教皇克莱孟六世支持下，在神圣罗马帝国皇帝路易四世还在世时就选举卢森堡的查理为敌对国王。路易四世准备讨伐查理和反叛的诸侯，但在1347年突然去世。于是，查理四世成为无争议的“罗马人民的国王”。1354年他向历代皇帝一样进军意大利，于1355

年在米兰正式加冕为神圣罗马帝国皇帝。1378年11月29日，查理四世因中风在布拉格去世。

查理四世他也许是欧洲最负盛名的学者型皇帝之一。他从小受到良好的教育，在30岁以前他一直保持写日记的习惯，喜欢阅读罗马法学家西塞罗和文艺复兴早期代表人物但丁的著作，翻译过奥古斯丁的作品。他与意大利著名诗人、文艺复兴运动的先驱之一彼得拉克保持了长期的密切的联系，庇护并资助过意大利法学家巴尔托鲁、《论国王与皇帝的权力》的作者卢波尔德等人。是一个中世纪欧洲少有的开明皇帝。

3.黄金诏书的主要内容

黄金诏书的主要内容是确定皇帝选举法和规定诸侯权限等。由1356年 1月和12月分别在纽伦堡和梅斯的帝国议会上公布。金玺诏书除序言外，共31章。主要内容是：

（1）皇帝由当时权势最大的圣职选帝侯：美因茨、科隆、特里尔三大主教；世俗选帝侯：波希米亚王、莱茵的巴拉丁伯爵、萨克森公爵和勃兰登堡的边地伯爵7个选帝侯在法兰克福城选举产生。选举会议由美因茨大主教召集并主持；帝位加冕礼在亚琛举行；德意志国王即是神圣罗马帝国皇帝，不再需要罗马教皇的承认。七大选侯中，美因茨选侯是选侯召集人兼帝国摄政和首相，当无法确定国王人选时，美因茨选侯可以裁定国王的最终人选。世俗选侯以波西米亚选侯居首，其次是莱茵-普法尔茨选侯、萨克森选侯、勃兰登堡选侯。七大选侯除拥有选举国王的权利外还拥有王室职位，三个教会选侯身兼德意志、勃艮第和意大利大议长。波西米亚选侯为王室膳食总管和司酒令、莱茵普法尔茨选侯是王室总管、萨克森选侯担任元帅，勃兰登堡选侯身任王室御前大臣。

（2）世俗选帝侯由长子继承、男性相续，领地不可分割。

（3）选帝侯在其领地内政治独立，拥有征税、铸币、盐、铁矿开采等国家主权，以及独立的、不准臣民上诉的最高司法裁判权；未经特别许可，不准城市结盟；不准封臣反抗领主。

（4）选帝侯拥有监督帝国的新的职权。

我认为，该诏书实质上是起了一部宪法的作用。因为，它不仅规定了皇帝选举的程序及具体要求，而且还规定了贵族的权利和义务，特别是它以宪法的形式明确了不经法定机构审判，不得限制任何人的人身自由的法治条款。

诏书第18章“通告函程式”和第19章“选侯决定派遣特使参加选举制委托书程式”和第20章“关于诸侯选侯以及与之相联之权力之不可分性”中，明确规定了皇帝选举的方式和选侯在选举皇帝时的权利及义务。例如，第18章规定：当举行罗马王（神圣罗马帝国）时，将“特致函召唤阁下参加，希望自x日起，三个月内，阁下本人或具有充分委托权力之特使或代表一人或数人，按照神圣法律关于此事规定之程式，准时莅临指定地点，进行讨论或磋商，以便与其他选侯——阁下与余等之间同僚选侯——获致同意，选举一未来之罗马王，并——由于上天意旨，将来之皇帝。希望阁下准备居住于此该处直至选举任务充分完成为止，否则则须依照神圣法律关于此事所作之慎重规定办理”。[注]这里规定了神圣罗马帝国皇帝产生的方式——选举，以及各个选侯必须参加选举的义务和形式。这是以法律的形式明确规定了皇帝必须经过选举才能产生，而并非如东方几千年以来所遵循的世袭制。东方世界从未有法律明确规定过皇帝可以以选举的方式产生的，在那里，皇帝产生的途径只有两条——从别人手中夺取和世袭。自4000年前夏朝（约公元前2070年—约公元前1600年）建立以来，从未产生过一位民选皇帝或者国王，“家天下”是他们几千年来引以为自豪的一种自认为天经地义的事情，“老子夺得天下，必由老子的后人继续统治天下”的理念至今根深蒂固，无法改变。

诏书第11章规定：任何贵族、封建封臣和武士、侍从、公民、市民，即任何属于科隆、迈恩兹和特利夫斯三地教会之男女教徒，“不问其地位，状况或体面如何，不论在过去，抑或在将来，俱不得因任何原告之请求，被三地大主教及其法官以外之裁判所，或属于任何人之法庭召唤或传讯”。但如有任何违反本敕令之情事发生，即上述三个地区，“有任何一人或数人，竟因被告之要求，被上述教规管辖以外之任何法庭传讯，不问案件性质为刑事，民事，或混合性质之案件，或任何其他种类之案件，被传讯人俱可不予理会，亦不得被强迫到案”；任何由非上述有案件管辖权的人所作的任何不利于缺席者之临时裁判或最后判决，无论其是否送达，“以及彼等之法令，与实施上项判决之方法，或企图加于缺席者身上只任何行动”，均属无效。(注)可见，这里已经明确规定了不经法定机构审判，任何人不得被限制自由或者被迫接受非法机构的判决结果。这可以看做是近代以来所谓“未经审判不得定罪原则”的先驱。这也是这部诏书一直被后人反复提及的缘由之一。

诏书详细规定了诸侯的权利和义务。权利包括：

（1）对于在其国内的土地、属地、附属领地中发现的或将来可能发现的一切矿藏的所有权（第9章）；（2）在自己的领地内铸造金银钱币，并使之流通的权利（第10章）；（3）接受土地、城堡、产业、地产或货物的权利（第10章）；（4）特免权（第11章）；（5）选举皇帝的权利（第18章）；（6）派遣特使权（第19章）；（7）保有既有权利之权（第20章）；（8）爵位继承权（第25章）。

义务包括：

（1）参加选举皇帝的义务（第18章）；（2）参加每年一度的朝会，商讨国事的义务（第12章）；（3）遵守举行庆典时的行进次序和仪仗携带的规定的义务（第22、23章）；（4）保证属地居

民安居乐业，不致帝国大厦因柱石之倾斜而损毁的义务（第25章）；（5）举行朝会时应遵守朝会规范的义务（第26章）；（6）履行朝会时各自职守的义务（第27章）；（7）遵守有皇帝和国王出席的御宴的座席安放次序的义务（第28章）；（8）参加定期在法兰克福举行的皇帝选举朝会的义务（第29章）；（9）在接受采邑后向宫廷交纳报效银的义务（第30章）；（10）自七岁开始学习意大利和斯拉夫语言、文法的义务（第31章）。

在权利和义务中，有的既是权利也是义务，如选举皇帝和保证定期参加皇帝选举朝会，保证属地居民安居乐业，参加每年一度的朝会商讨国事就属于此类。

诏书第24章还特别对于针对帝国和诸侯的叛逆行为规定了严酷的刑罚，包括没收财产、剥夺继承权和赠与权、扣押财产直至应按照叛国罪“死于刀下”。

此外，其独特之处还在于：该部诏书，在制定人和颁布人的称谓上一改以前的“朕”或者“本王”等个人的名义，而是每章均以“余等兹命令”、“余等宣称”之类称谓和语气开头。此处明确地说明，发布该诏书的不仅仅是神圣罗马帝国皇帝查理四世本人，也包括七个选侯所代表的帝国的贵族集团。它似乎已经显露出了欧洲从此由君主个人独裁政体逐步迈进了集团或者贵族政治政体的历史发展阶段。这也许可以看做是罗马共和制的回归，也可以看做是欧洲法治进程中的一种进步的表现。

4.黄金诏书的历史意义

黄金诏书是神圣罗马帝国的基本法，它从法律上确定了帝国的分立体制，是帝国实行君主体制的法律根据。它进一步地削弱了皇权。1806年神圣罗马帝国灭亡后，此诏书失去意义。但是，我认为，该诏书是欧洲宪政的开端，它开启了以宪法的形式限制王权和特权的先河。它与一个半世纪之前颁布的《英国大宪章》在立法精神和某些原

则上有异曲同工之处。其根本之目的在于以法律的形式限制皇（王）权，明确皇帝（国王）与贵族间的权利和义务。

四、庄园法

（一）庄园的基本情况

欧洲中世纪乡村的基本组织单位——封建庄园，也是欧洲中世纪封建社会的一大特色。在这些庄园里生活的劳动者是依附于封建领主的农奴。他们为了获得土地的使用权，交纳地租、服劳役。农奴基本被束缚在土地上，与庄园主有依附关系。乡村庄园经济是自给自足的自然经济，它的生产不是为了出卖，而是为了庄园内部的消费。

中世纪的西欧庄园其实源自罗马帝国。公元4—8世纪之后，自欧洲东部过来的蛮族军事集团完全取代罗马帝国旧部，成为整个西部欧洲的统治阶层。他们起先属于游牧部落，在攻击罗马帝国的过程中，发现自己的游牧生产方式和生活方式都不适合于新的领土，而新的领土上原先已经存在的罗马帝国奴隶制庄园和农业生产供应下的奴隶制城堡、城镇，其生产能力之高、生活条件之舒适，完全符合这些军事领袖从物质和人员上补给军队、生活享乐等方面的需要。庄园和城堡在战争中的作用也使他们意识到这两者是战斗中的重要军事建筑，同时也是统治被征服地区的良好工具。统治者可以住在防卫森严的城堡里，被征服地区的人民则多被赶到附近的庄园里做工，在和平时期他们是农业生产者，战争时期则被征调来武装成士兵派往战场。因此，罗马的奴隶制庄园经济得以大部分保留，高层军事领袖分封手下的人成为某地区的管理者，他在城堡里处理军事和行政事务，在庄园组织农业生产活动。

欧洲中世纪封建制下的庄园，就庄园土地成分而言，大致上均分为以下四个部分：第一，领主的私有地；第二，农民的份地；第三，

供放牧的草地；第四，提供庄园木材的林地。

就庄园的建筑而言，则大致分为三种：第一种，位于高处，豪华的庄园主住所；第二种，供农民居住的简陋的茅舍；第三种，公共设施，包括：教堂，水磨房和库房。

庄园内有一切日常生活的设施，属于集体所有，无人可以单独拥有耕地和耕地所需的动物和工具。

封建庄园经济的特点就是：封建主拥有庄园，在庄园中使用农奴和雇佣自由农民进行农业劳动。农奴无人身自由，终身及自己的后代都属于封建主，以罗马帝国时期奴隶、4—8世纪蛮族入侵时期战俘的后代为主要来源；雇佣自由农民由破产的有人身自由的农民和破产市民等组成，庄园主雇佣其进行耕作，或者直接把农业用地分割出一部分来租给他们经营农业。

庄园里，农奴劳动成果部分完全上缴给主人，主人仅提供给农奴维持生存的必须物品和粮食；雇佣农民的收成则至少一半以上，有时甚至达到8成要交给封建主，其性质属于实物地租。在15世纪前后因对金银的需求量加大，慢慢地向货币地租转变。封建主获得地租后，用实物形式向上一级封建主交纳一部分收成，作为对上级的回报。比如，骑士向封自己为骑士的男爵或伯爵，有时甚至是国王本人。该收成比例并不统一确定，由上一级封建主自己规定，一般是一成到三成。同时封建主也要把收成的十分之一，交给教会，此即什一税制。

封建庄园是一种经济上自给自足、政治和宗教上都大体独立的社会实体，这种社会经济组织形式，大致是同西欧当时生产力发展水品相适应的。只是到了中世纪晚期，随着商品货币关系的急剧发展和渗入农村，自给自足的自然经济基础和农奴制开始瓦解，封建庄园制趋于衰落。在生产力恢复发展基础上，11世纪后，城市逐渐复兴。

（二）庄园法的内容及其基本特征

欧洲封建庄园的兴起，也促成了欧洲中世纪庄园法的出现。庄园法是指中世纪西欧社会中调整领主与农民关系以及一般庄园内部关系的法律规范。他与封建法彼此紧密相连，共同构成西欧中世纪两个重要的法律体系。

庄园法主要包括生产经营方面的管理、内部事务性管理、工作人员的职责、收入的分配、收入的管理、收入的缴纳、管理员的工作及职责等方面的内容。例如，800年左右由法兰克王国加洛林王朝国王查理（Charlemagne，又称查里大帝，768年－814年）颁布的“庄园敕令”共有70个条文，其中第62条规定：每年必须将一年中的收入报告给国王（领主），其中包括以下项目：耕夫用你所耕的土地（领主自用地）和庄园上的佃农们所当耕种的土地（农民占用地）；猪、地租、各种贡物与罚款的账目；未经国王同意而在国王的树林中所捕获的禽兽；各种罚款，得自磨坊、森林、田地、桥梁、船只的各种收益；自由人和对国王的国库有交纳义务的人的数目；市集、葡萄园和对国王有缴纳酒的义务的人；饲料草、柴木、火把、木板与其他木材；荒地；蔬菜、谷物、稗子；羊毛、亚麻、苧麻；树生水果、大小干果；各种接枝的数木；各园圃；芜菁；鱼池；皮革、皮毛、兽角；蜂蜜与蜂蜡；猪油、牛羊脂油、胰皂；莓果酒、熟酒、蜜酒、醋、啤酒、新旧葡萄酒；新谷陈谷；母鸡与鸡蛋；鹅；渔夫、铁匠、制刀剑匠人、鞋匠的数目；仓和箱的数目；旋匠与马鞍匠；铁与其他金属的矿坑与化炼场；铅矿；牝马和马驹。以上各项，务须于圣诞节前分类列账，井井有条地报告我，使我可以知道各种财产的数目。第23条规定，每个庄园应尽量多建造牛、羊、猪的厩、圈。第40条规定，为了增加庄园的美观，每个庄园应饲养的动物，如天鹅、孔雀、雉鸡、野鸭、鸽子、鹧鸪、斑鸠等禽鸟。第42条则规定了庄园内的厅室中必须准备好的器物，如床上用品、各类器皿、炉具和武器等等。第43条甚至规定了必须发给庄园内的妇女们工作所需的原料清单，如亚麻、羊毛、胰皂、脂油、木桶等。(注)可见，在这些庄园法中对于庄园内的所有事物

都有详尽的规定。它们是管理和经营庄园的基本准则和基本要求，堪称庄园管理法规。

在欧洲中世纪的庄园里，领主除了在庄园里行使经济特权外，还对于自己领地上的人民享有司法权，庄园中的农民和农奴，遇有纠纷只能在庄园主的法庭进行诉讼。领主法庭即庄园法庭，是中世纪欧洲最基层的司法机构，管辖发生在庄园里的一切民事刑事案件。法庭的主持者为领主或他的代理人，没有常设机构，也没有固定的人员和法定的审判地点。参与庭审的还有由农奴或农民组成的陪审团。诉讼的发起必须由原告先上告，并自己准备证据和担保人，开庭时，先由原告申诉理由，然后由被告自我辩护，双方再进行相互辩驳。法庭就案件向陪审团进行调查取证，陪审团说明事实、提供裁决意见和建议，最后由法庭和陪审团作出裁决。但是，到了封建社会晚期，庄园的司法权逐渐削弱，最终丧失了司法权，司法权力逐渐归于统一，领主再也不能行使司法权力，特别是随着各民族国家的兴起，对于社会和人民的行政管理权及司法权，也集中到了兴起的各个民族国家的手中。

五、城市法

（一）城市的基本情况

在西方社会，“城市”一词并不是直到中世纪才出现的词汇，古希腊和古罗马时代就有早期的城市。但中世纪后期出现了带有独特的特征的新兴的城市，这些城市所拥有的最显著的独特性，就是它们具有从未有过的自治性，它不仅拥有独立的立法权和司法权，而且拥有组织城市管理体系的权力。正因为如此，中世纪欧洲城市才成为西方历史上一个独特的社会现象，它们的产生是当时欧洲社会经济发展的产物，从而也使得它们成为了近现代西方社会的源头之一。

关于中世纪西欧城市的起源，西方有罗马城市论、马尔克起源论、市场起源论、庄园起源论、堡垒起源论等多种理论。欧洲最古老的城市是罗马时代留下来的遗产，但那时的城市多为政治、宗教中心，往往被称为主教城市，经济意义有限。西欧中世纪出现的新兴的城市首先在意大利发展起来，如威尼斯、热那亚、米兰、佛罗伦萨。这些城市的兴起与东西方贸易的发展有着密切的关联。威尼斯原是拜占廷帝国的属国，九世纪开始独立，在当时以农业为主的欧洲，它是第一个依赖商业贸易生存的国家。而它的兴起则是穆斯林长期垄断欧洲与东方贸易的直接结果。欧洲一直对穆斯林垄断东西方的贸易极为不满，但是，囿于当时人们所掌握的地理知识及其航运水平，欧洲人不可能在一夜之间就与东方诸国建立起直接的贸易联系，而穆斯林世界正处于东西方之间，中国开通的丝绸之路也恰好迎合了穆斯林世界的要求。处于意大利半岛的海滨之城威尼斯，利用其优越的地理位置条件，与阿拉伯商人之间达成了协议：阿拉伯商人把东方的货物运到威尼斯，出售给当地的商人，威尼斯商人再把这些货物贩运到欧洲各地。威尼斯商人所赚取的就是这期间的差价。于是，他们就与君士但丁堡和穆斯林北非之间开展了兴旺的三角贸易，把来自东方的香料、丝绸、瓷器等货物贩运到欧洲．接着热那亚、比萨、那不勒斯等口岸也相继仿效，进而促进了意大利内陆城市米兰、佛罗伦萨的发展。

但是，西欧城市的大量涌现，还是 11 世纪到 13 世纪这二、三百年间的事情。事实上，在当时的全欧洲，各个地区都兴起了一系列的城市和商品聚散中心。佛兰德尔地区的城镇布鲁日、根特从英国进口羊毛，形成北欧的工业中心；在莱茵河、波罗的海和北海沿岸，也出现了汉堡、不来梅、吕贝克、里加等城市；在内地的商路上则出现定期大集市，其中以香槟伯爵领地的集市最为有名。

中世纪的这些西欧城市面积不大，人口也不多，最大的城市集中在南欧，西西里岛的城市巴勒莫盛期有近30万人，但这主要是穆斯林商人奠定的基础。意大利其它有名的城市威尼斯、米兰、佛罗伦萨的人口一般也至多在十万左右或更多一些。巴黎 13 世纪人口24万，伦敦

12 世纪人口仅有3万，13 世纪达到45，000人。而且，那时的伦敦城狭小肮脏，是一个臭气熏天、极易发生火灾的垃圾场。那里遍地都是木结构的房屋，没有铺垫的街道，仅有当时英国唯一的下水道系统，公厕仅有一处。

中世纪西欧的城市一般都兴起于国王或封建主的领地上，他们象对待自己的庄园那样对待城市，行使其领主权。因为封建领主完全不懂商业，也不会管理商业和商人的事务，他们只会寻找何各种借口对商人们进行勒索，因而，商人们为了保护自己的利益，在商业活动中形成了他们自己的商业习惯法，以处理货币与货币交换、债务与破产、契约等事务，所以他们希望有自己的法律、法庭，即希望自己管理他们的城市，以摆脱封建领主的勒索。由此产生城市与封建主的矛盾和斗争。这种斗争有时非常尖锐，甚至发展到武装冲突，如法国的琅城（法文为Laon，中文正式译名为拉昂，法国北部皮卡第大区埃纳省省会）在12世纪初就发生了市民暴动。琅城是法国北部一个比较富裕的工商业城市，它的毛纺织业发达，是当时法国毛纺织业的中心。琅城是建立在非常贪婪的主教高德理的领地上。为了摆脱高德理的统治，12 世纪初，琅城的居民凑了一大笔赎金，向主教高德理（L’évêque Gaudry）和国王路易六世（Louis VI，法文为Louis le Gros，1081—1137年，1108—1137 年在位）买回了城市的自治权。但是，高德理得到钱后不久又要重新统治琅城。怒不可遏的居民于1112年发动起义，成立公社，杀死了高德理等人。路易六世和法国北部的封建领主派军队进占琅城，强行取消了公社。琅城居民坚持斗争，直到1128年路易六世不得不向琅城颁发特许状，同意琅城建立公社，实行自治。此后，琅城居民一直实行自治，琅城公社存在了两百多年。

这些城市的情况也各有不同。在一些城市里，市长由国王委任，有不完全的自治权；还有一些城市有市议会，可选举市长或市政官，拥有完全的自治权；更有一些城市，如威尼斯、佛罗伦萨，则成立了城市共和国；也有一些小城市依旧服从封建主管辖。但总的来说，到中世纪末期，几乎所有的西欧城市都不同程度地摆脱了封建束缚，它

们都拥有一定程度的自治权，拥有独立的行政、司法、财政等职能。西欧城市这些特点的形成，有着多方面的原因。

首先，西欧始终没有建立起一个政治统一、法律划一的集权国家。大小封建主各自割据独立，各封建主都是拥有行政司法职能的独立实体，城市援引此例，就像在某一领地取得特恩权一样。这样的城市既不会出现在东方，也不会出现在罗马帝国时期。

其次，欧洲城市居民发扬了欧洲固有的契约精神，往往与王权达成协议，结成结盟，取得国王发给的特许状，以对付当地的封建主。

再次，市民继承欧洲特有的农村公社的传统，市民们也自己组成公社，成为与封建主斗争的组织形式。

最后，欧洲城市居民拥有古希腊、罗马城市文明的遗产，那就是——公民权的观念，其直接的表现形式就是学习罗马人组成公民大会制度和市议会制度。并依此制度与封建主相抗衡。

除上述的原因之外，欧洲特有的神权与世俗权力的分离，也是一个重要的因素。由于神权与世俗权力的逐渐分离，在原有的教堂周边逐渐形成的一些市场，由原来从属于教会管理，进而逐步形成为城市。这就造成了至今欧洲城市所有的一个极其显著的特点——教堂占据了城市的中心位置，教堂的雄伟建筑和高耸的塔尖成为城市的标志和象征。从另外一个角度来看，这也是市民们的一种精神中心，是他们心灵的窗口和依托，是城市的灵魂之所在。而在教会控制之外的大量农村地区，为了应对战争的需要，一些封建领主也建设了许多具有防御功能的城堡，围绕着这些城堡也形成了一些城市。

因此，就整体而言，欧洲城市基本上多为自发生长，同时，由于城市因公共活动的需要而形成，而欧洲的人口始终没有得到快速的繁衍，城市发展的规模和速度也较为缓慢，从而形成了城市中都有一个中心地带，一些公共设施和机构自然而然地围绕在这个中心地带，居民也大都围绕在这个中心地带居住和生活。而城市的街道狭小、不规

则，没有一个经过规划的、完整的道路网，这构成了中世纪欧洲城市的独有的特点。10世纪以后，随着手工业和商业逐渐兴起和繁荣，为了保护自己的利益，以实现自我发展的目标，行会等市民自治组织的力量在城市里得到了较大的发展，许多城市开始试图摆脱封建领主和教会的统治，逐步发展成为自治城市。城市的自治促进了城市的更快发展，此时，城市开始不断地向外扩张。如意大利的佛罗伦萨，在1172年和1284年两度突破城墙向外扩展，并修建了新的城墙，以后又被新一轮的城市扩展所突破。

城市的兴起是中世纪西欧社会发展的重要标志，对欧洲文明有重大影响：

（1）城市的兴起使欧洲出现了一个新的等级——市民阶级。而市民阶级则是推动欧洲历史发展的真正动力。

（2）城市推动了商品经济的发展，促使旧的自然经济的领地庄园制度瓦解，使农奴变成了人身自由的佃农和市民。

（3）城市与王权结盟，使市民阶级得到参与政治的机会，也促进了议会制度的出现。

（4）随着城市的出现，产生了市民日常需要的世俗文化和世俗教育，为日后的文艺复兴和宗教改革以及资本主义的发展作了准备。

（二）城市法的内容及其基本特征

城市法就是在上述的背景下诞生的。我们可以说，最初的城市法就来源于对从商者的保护，而这种保护的法律依据往往来自于由国王签署颁发的城市特许状。它是城市获得自治权利的根据。中世纪城市自治的核心表现就在于它有权制订自己的对内对外制度，每个城市都有自己的城市制度。当时的城市制度主要包括以保护和促进商业和工业为主体的私法制度和以城市政治制度为主体的公法制度。现今所知

的最早的一部城市法是1160年意大利共和国比萨制定的《比萨习惯与法律汇编》。之后较为有名的有：1242年威尼斯城市法、1250年波伦亚城市法、1308年卢卡城市法、1330年米兰城市法、1335年佛罗伦萨城市法等。此外，还有为了协调各城市之间彼此关系、保证共同贸易利益而建立起来的城市同盟的法——城市同盟法。例如，著名的“汉萨同盟”制定的《汉萨海上规则》。虽然，这种城市同盟法仅仅对于参加同盟的城市具有法律约束力，但是，它们的出现，有力地推动了海商法和国际商法的兴起与发展。因此，城市法主要渊源包括：各种特许状、自治城市的立法、行会章程、城市习惯法和判例以及城市同盟法。

中世纪西欧的城市特许状是国王或大封建主颁发给城市和市民的一种法律意义上的权利认可证书。[注]其主要内容是确认城市的自治权和其他特权，明确市民享有的各项自由、各种经济和法律上的特权等等。具体包括：（1）承认或者允许自己领地内城市拥有自治权和经商的特权；（2）赋予相关城市制定法律、建立城市管理机构、拥有组建商会或行会的权力；（3）明确市民的权利义务，确认市民的人身自由，确认市民享有使用城市土地、管理市场、从事商业活动、加入各种行会的权利；（4）保障市民的人身安全，反对任意的封建管辖权。如一些城市的特许状上明确说明城市市民不得任意被传唤出庭、不得强制被逮捕、审讯之前不得被监禁。还有一些城市的特许状上规定了违法的处罚、罚金的数额等。对市民人身的保障还特别体现在“市场和平”上，即一个人去集市或市场时不得被逮捕或损害。

特许状实质上一种封建的权利转让书，它在赋予和承认城市自治和市民的权利义务的同时，也限制了国王与领主对于城市的权力。它是城市法的主要渊源。其本质甚至相当于近代意义上的城市宪法，是城市法的母法和所有法律的渊源。因此，有的城市和市民将特许状镌刻在市政厅或者市中心等重要场所，以示其无上的法律地位。

获得自治权的城市为了适应城市发展的需要，经常要颁布一系列的法令和条例。这些条例涉及到城市的道路、桥梁、下水系统等城市建设问题，商业、手工业、教育、救济、治安等产生管理问题，以及城市于领主的关系问题，等等。如果用现代法的理论来划分城市法所包含的内容，其既有民法、刑法、诉讼法的规范，也包含了经济法，甚至行政法的规范。基本上形成了自有的体系。

行会是中世纪西欧城市中的主要的商业组织。它是由同一行业的商人和手工业者组成，是他们为了维护自己的权益，保障自己人身财产安全而自发组织起来的社团组织。各个行会都有自己的章程，并经会员代表大会通过。这些章程详细地规定了本行会的组织、会员的权利义务及其活动规范。例如，公元9世纪末至10世纪，君士坦丁堡就曾颁布过各种团体和行会的规章和法令。这些规章和法令，后被辑录成各种手工业和商业行会的法令汇编集——《市政录》，其包括了20个行业的规章。[注]

13世纪和14世纪，是各个城市行会发展的顶峰时期，有关行会的规章也是层出不穷。如巴黎羊毛织工会章程、法兰克福呢绒业行会章程、英国林城圣三一商人基尔特规章、骚桑普吞商人行会规章等等。这些规章分别对加入行会的条件、程序，行会成员应尽的义务，行会成员在工作中应当注意的事项，招收学徒的条件，学徒的学费、期限、赎买、义务、责任，工作的规程，对产品的质量要求、对违反规章的惩罚，以及行会的组织结构、行会与市议会、市长的关系，行会的监督职能，等等。比如，13世纪《巴黎羊毛织工行会章程》规定：如果没有从国王购得工业执照，任何人不得在巴黎做羊毛织工；如果自己没有从事手工业的本领，又不是匠师的儿子，任何羊毛织工及任何其他人，在巴黎地方的界限内，不得拥有作坊；每个巴黎羊毛织工在其家里只能有两台宽织机和一台窄织机；每个羊毛织工在家内至多可带一个学徒，学徒不得少于四年的服务期；要根据学徒的学习时间收费4个里佛尔、60个巴黎苏到20个巴黎苏不等；行会里的人不得在日

出前开始工作，违者罚款；职工和帮工在第一次晚祷种声发出的时候就应当停止一切工作，无论他们的工作进行到什么程度。注

从整体来讲，城市法摒弃了封建身份法，赋予了城市市民人身自由权和一定的法律地位，使得市民作为一支相对独立的政治力量，参与到城市的政治生活中。特别是一些城市共和国还都成立了市议会、城市法院、市长、市民大会等政权机构。市议会成为了城市最高的管理机构，由它选举产生出行政长官，其下还设有执行具体行政事务的人员；行政长官每年都要更换，城市法院的法官由议会任命或者推荐。比如，1368年12月16日神圣罗马帝国下属的“奥格斯堡第二次行会文件”中规定：“我们全体都一心一德，无分贫富，并承上帝的佑助，也建立行会管理制度，……我们现在还要组织以后，使它在将来具有最大的权威和力量。在我们城市公社里，所有那些团结手工业者的十八个行会，每个应有一个会长参加议会。……这十八个行会共派二十九个代表参加议会。然后这二十九个人从市民中选出最有声望和最贤明的十五个人；……一起参加议会。此后，上述的二十九个会长和代表行会的议员，从自己中间和市民中选出两个他们认为是最好的人来担任市长；一个代表市民，另一个代表行会。其次，上述代表行会的二十九个议员，必须从自己中间和从市民中间选出四个副市长、两个监印官及六个征税员……我们的议会、议员、市长、副市长和征税员每年应改组。”注

这些城市组织的活动及其选举、职能模式，直接影响了欧洲近代国家所建立的国家机构体制。此外，城市中围绕商业活动而制定的公证制度，以及城市法中的公债、保险、公司等内容也被近现代各国所继承和发扬。

总之，中世纪的城市法应当看做是西方社会近代法律制度的前身和样板，城市中依据城市法所建立和运作起来的议会、市政等机制，则是在今后构建西方近现代政治体制的预演和实验。

1. J. Brissaud，A History of French Public Law，Boston，1915，pp.13—14.
2. 【法】基佐：《法国文明史》第1卷，沅芷、伊信译，商务印书馆1993年版，第195—196页。
3. 参见由嵘：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，第90—91页。
4. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第74页。
5. 关于日耳曼法的基本特点参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第75—76页。在此仅列出其标题，不再展开赘述。
6. 关于日耳曼法的基本特点参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第76页。
7. 本部分中关于《萨利克法典》的具体条文的内容均参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第第171—184页。以下不再一一标注。
8. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第78页。
9. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第82页。
10. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第82页。
11. 格兰西《教会法汇编》的主要结构参见彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2011年版，第78—79页。
12. 周春生等：《欧洲文艺复兴史—法学卷》，人民出版社2010年版，第43页。
13. 泰格·利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社1996年版，第8页。
14. Carl Stephenson，Mediaeval Feudalism，New York，1942，p.20.
15. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第214页。
16. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第214、215和216页。
17. Marc Bloch，Feudal Society，Chicago，1961，p.451.
18. 见自基佐：《法国文明史》第3卷，沅芷、伊信译，商务印书馆1997年版，第217页。
19. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第251—252页。

20. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第279页。
21. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第274页。
22. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第201—202页。
23. 冯正好："中世纪西欧的城市特许状"，载《西南大学学报》（社会科学版）2008年第1期。
24. 这20个行业是：公证人、金银匠或首饰匠、银行家或钱兑商、丝绸服装商、叙利亚丝绸服装商、生丝商、加工生丝匠、制造紫色布匹商、麻布商、香水商、蜜蜡和蜡烛商、肥皂商、小零售商、制造皮带匠、屠夫、猪肉商、鱼商、制面包工、饮食店主、承包商。
25. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第220—223页。
26. 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第227页。

第三节
罗马法的复兴

一、罗马法复兴的原因

罗马法复兴于中世纪。但在中世纪的西欧大陆，与古老的罗马法同时并存着的有许多法律，如教会法、日耳曼法等。但唯有罗马法实现了复兴，其他法都未得到巨大发展。其中的原因曾引起过无数人的无尽遐思。在中国，仅这方面的研究文章就达上百篇。我认为，中世纪欧洲大陆罗马法复兴的原因可以归纳为内因和外因两大部分。

（一）外因

所谓外因，是指当时的客观发现和社会经济发展状况。具体包括：

其一，罗马法的复兴其直接原因是起源于1135年意大利战争期间，发现了查士丁尼《学说汇纂》原稿，这是形成欧洲中世纪罗马法复兴运动的契机。如果没有这部原稿的发现，就不会有800多年前的那场轰轰烈烈的罗马法复兴运动。

其二，10世纪以来，随着中世纪商业贸易的发展，欧洲各地城市纷纷涌现，在这些工商业城市中产生了一个新的社会阶层——市民阶层，市民热衷于追逐商业利润，以期改变自己窘迫的现实生活；而追逐商业利润，就需要具有冒险和务实进取的精神，这就需要明确诸如所有权、债权和契约等各种法律关系，当时的封建法和教会法等无法满足这种要求，而罗马法对于这些法律关系却有着极为详尽的规定，

人们找到了一个现成的能够实现自己追求财富，并且能够保护住自己财富的梦想中的制度，罗马法正好能够担当起这个历史的重任。

其三，在商贸活动中发展壮大起来的市民等级，渴望通过王权消除阻碍商品流通的封建壁垒；而对国王而言，建立统一的法律和帝国一直是他们的夙愿；对抗日益膨胀的教会权力，他们也需要利用新的法律论证统治的合理性和权威性加以约束。而罗马法是原来适用于统一的罗马帝国的法律，包含着君主所拥有绝对权力的内容，可以成为加强君主权力、削弱封建割据势力和抗衡教皇的武器。因而，王权就采用了赋予某些人特权的方法，支持了城市独立和城市公社运动，以换取城市市民对王权的支持。这构成了罗马法复兴运动兴起和迅速传播的政治基础。

其四，罗马法在西罗马帝国灭亡后，罗马法并没有消亡，在罗马帝国东部和中世纪欧洲罗马法仍在继续流传及延续。日耳曼人所遵循的“属人主义原则”，使得在罗马帝国原来的核心地区，如北意大利、西班牙和法国南部，长期保持着罗马法的传统。在5世纪末和6世纪初，还出现了几部由日耳曼王国汇编的东哥特王国的《告谕》、勃艮第王国的《勃艮第罗马法》和西哥特王国的《西哥特罗马法》等罗马法典。在意大利，就在查士丁尼死后的50年内，出现了《学说汇纂》得以流传下来的手抄本。(注)该手抄本成为后世对罗马法进行研究的范本。

其五，在日耳曼人的铁蹄横扫欧洲的时候，基督教及基督教会却被日耳曼人完整地保留下来，而作为罗马帝国的国教，基督教在许多方面秉承了罗马的传统，而作为罗马文化中最精粹部分的罗马法也自然而然地得到基督教会的特别保护，并且，教会也运用罗马法来处理许多与世俗有关的事务。教会作为中世纪初期唯一的欧洲文化中心，在研究、发展教会法的同时，借鉴、传承和学习研究罗马法也就成为了他们的义不容辞的责任。在教会学校和修道院中罗马法仍然得到研究，他们整理那些古典文献，并借用罗马法的模式编纂教会法，用他

们所掌握的罗马法的精髓为日耳曼的国王们提供法律和政治服务。因此，“教会法无论是在西方还是东方，都受到罗马法的深刻影响，古典时期和后古典时期的罗马法的大量概念和规则被接受过来。”注

（二）内因

所谓内因，是指罗马法自身的特点蕴涵了其复兴的可能性。

其一，罗马法就其内容来说，它是一种完整地体现了简单商品生产的法，它所确立的物法、债法的原则、规则和制度，契合了中世纪的私法性的法律文化背景。

其二，罗马法本身立法技术先进，体系明确严谨，概念确定，用语准确，严格简明，结论明晰，便于理解和适用，远远超出同时代其他任何法律。

其三，作为古代私法发展的最高峰的最典型的成就，罗马法在规范商品经济的法权关系方面内容相当完备，它是资本主义法律体系出现以前，调整商品生产社会的第一个世界性法律，是资本主义社会以前调整商品生产者关系的最完备的法律，这一法律遗产可以满足中世纪时期西欧各国一般财产和契约关系的发展变化的需要，使商品经济得到比较顺利的发展，为新兴资产阶级的反封建斗争提供了思想武器。

可见，罗马法的复兴是由众多因素构成的。就如同说罗马城不是一日建成的那样，罗马法是复兴也不是一日之间所为，它的复兴经历了一个长期的过程。

二、罗马法复兴的过程

（一）起步

罗马法复兴是指欧洲11—15世纪以意大利为中心而出现的以重新研究、传播和学习罗马法的高潮。它始于11世纪末意大利的波伦亚。当时《学说汇纂》真本被重新发现，波伦亚设立了以教习罗马法为主的法律专科学校。该校在欧洲广招学生，直接促成了全欧研究罗马法的热潮。学校创建人伊尔内留斯（Irnerius，1055—1130年）被认为是这次罗马法复兴中最伟大的先驱，他和他在波伦亚的接班人担当起了对《民法大全》文本进行说明、整理和诠释的工作。他们在有关文献的边缘或者字里行间写说明和注释，以解释有关论述的含义，对需要交叉参阅的地方加以说明，对一些需要修改的材料进行加工。在讲授《民法大全》的人员中，除了伊尔内留斯这样的修士外，还有一些修女也在讲授《民法大全》。但是，他们所做的最伟大的贡献不在于讲授《民法大全》，而是对于《民法大全》的说明和注释工作，所以，伊尔内留斯及其接班人被称为注释法学派（Glossators），伊尔内留斯本人则是“注释法学派”的创始人。注释法学派工作的完成，是在13世纪中叶以后，其标志是意大利人阿库修斯（Accursius）将所有的注释汇编为一部大型的注释集。注释法学派在复兴罗马法的运动中，起了开创作用，他们对于罗马法的注释活动，使对于《国法大全》的研究成为一门科学，帮助人们了解和熟悉了罗马法，为罗马法的复兴和运用奠定了基础。

（二）传授

在伊纳内留斯之前，在波伦亚大学已经有人开始讲授罗马法。1076年，波伦亚大学一个叫培波（Pepo）的教师开始罗马法的讲演，追随者很多。但是，由于他没有形成自己一套独立的研究、讲授罗马法的体系，因而，他并没有获得讲授罗马法的教授地位。而真正创立起了自己独立、系统的罗马法教育体系的，则是伊纳内留斯。这位文法学教师，在埋头于对罗马法古典文献的勘察和注释工作的同时，把自己的研究成果传授给学生们，从而在波伦亚大学赢得了教授的席位。随着波伦亚大学罗马法教学名声的日益声隆，学生们纷纷从西欧

各地来到波伦亚学习罗马法。在12世纪中叶，在波伦亚学习罗马法的人数达到了10000名。(注)此外，在意大利以外地区的大学里也纷纷开设起罗马法的课程，特别是除了波伦亚大学这样的世俗大学外，即使在教会大学中，罗马民法也被讲授，例如，在巴黎大学和牛津大学的这些教会大学中，一些教授也开始讲授罗马民法。而且，讲授罗马民法的学者大多都有基督教背景。虽然教会也曾过有禁令，禁止神职人员学习民法学，但是，研习罗马法的神职人员依然很多。据学者考证，当时在波伦亚大学学习罗马法的学生中，有五分之一是来自瑞士德语区的神职人员。13世纪时，在波伦亚就读罗马法的德国学生有500名。而到了14世纪，在波伦亚学习罗马法的人数已达1500名。当时，所有的欧洲大学都开设了法律课，法律课的核心教材就是以《国法大全》为基础的。西欧各地对于罗马法的教学活动，极有力地推动了罗马法的传播和研究的浪潮。

（三）评论

在罗马法复兴之初，主要是一种学术上的复兴。起初它发源于大学，而与司法实践毫不相关。但是，随着大学里对罗马法研究的逐步深入和影响的日益扩大，也不可能对司法不产生丝毫影响。在阿库修斯之后，便出现了将罗马法应用于具体的司法实践之中的情况。而为了达到对于司法实践的指导和影响的目的，原来的注释的方法就显得不相适宜了，因为，注释所针对的主要是原文的说明、整理和诠释，这些仅仅对于古代法的注释的内容，已经无法适合于当时的司法实践的需要。于是，一些学者开始尝试着用比较系统的和视野更为宽广的评论的方法取代原来的仅仅囿于对于原文的说明和诠释的方法。他们根据具体情况分别运用限制性解释和自由解释的方法，以使得这些古代法适合于中世纪司法实践的需要，以改造落后的封建地方习惯法。但是，与注释法学派不同的是，他们在评论中所使用的材料是注释法学家们对罗马法原文的注释，而非原文本身。因而，再经他们的手产生的法，已经不全是罗马法本身了，而是实践性的法，也就是说，他

们对于罗马法的评论活动，实质上是对于罗马法的一种解读和分析，甚至于带有某些创新和发展的特征。但是，也正是他们这样的一个特点，使得他们的评论更加具有了现实意义。使得原本仅仅滞留于书面的罗马法，一下子活了起来，有人把它称之为罗马法的复活。这些评论罗马法的学者被称为评论学派（Commentators），或者后注释学派（Post—glossators）。评论法学派与注释法学派的一个最大的区别在于：不再关注对于罗马法字面的诠释和说明，而更加偏重于注重罗马法与现实社会之间的关系，不拘于对于原文的注释，而重在对于法条的评价与分析。这两个学派之间的关系可以概括为：注释法学派做的是基础性的原始的工作，而评论法学派做的则是开发、复活罗马法的工作，二者的相互作用，使得罗马法在意大利和欧洲重新复活。复活的表现就是从此兴起了一个崭新的学科——罗马法学，从而使得罗马法的影响很快扩展到西欧各主要国家，形成了一个所谓的罗马——日耳曼法系，罗马法由此逐渐为欧洲和世界所了解、接受和发展。

（四）接受

事实上，进入中世纪以后，罗马法中的因素就以各种方式体现在西欧各国的法律中。这种现象就是所谓的罗马法的继受（接受）的过程。这个过程实质上是一个对于欧洲当时社会生活的渐进的、复杂的、渗透的过程。这个过程在欧洲各地的进展程度也是不一样的。在欧洲南部的意大利、西班牙和法国南部罗马法从来没有完全消亡过。而在欧洲北部因为保留着各地的原有的习惯法，所以，在那里对罗马法的接受要迟缓一些。但是，随着中世纪的临近终结，欧洲的社会生活也日益繁杂起来，原来的各地的习惯法已经难以承担人们法律生活的需求，此时，作为欧洲大陆上当时唯一的与各地的习惯法同时存在的罗马法和那些已经接受过罗马法教育和培训的法律工作者便成为了被欧洲社会普遍欢迎和接受的对象。在15世纪后期，出现了专门的审理各类案件的法庭，在这些法庭工作的法官都接受过罗马法的教育。因而，罗马法在欧洲大陆逐渐被普遍地接受。

但是，需要特别指出的是，由于这个接受过程是建立在大学里学者们对于罗马法的注释和评价的基础之上的，因此，在很大程度上，各国所接受的罗马法并非罗马法本身，而是那些大学里的罗马法的教授们所理解的罗马法，尤其是那些罗马法理论则更是注释法学派和评论法学派对罗马法所作的具有为当世现实服务目的的、带有浓厚的当世色彩的评注。

从当时接受的情况来看，除了最初的罗马法学的中心意大利之外，法国、德意志和西班牙等地都成为了罗马法复兴的中心。也就是说，这些国家和地区首先接受了罗马法，罗马法成为这些地区的大学、学者们，乃至法官们学习、研究和继受的对象。

在法国，罗马法的影响可分为南北两部分。在南部以成文法为主，在北部则以习惯法为主。事实上，早在罗马帝国时代，罗马法就已经渗入到法国南部地区。11世纪后半期，法国南部的普罗旺斯地区的一位罗马法学者就曾编纂了一部法典，有许多法国学生前往意大利学习罗马法学，一些罗马法教师也从意大利来到法国任教。12世纪，法国南部出现了一些罗马法教学手册之类的罗马法著作。到13世纪中期，在法国罗马法学家们的努力之下，法国的罗马法研究形成了自己的独特的风格。当时著名的代表人物有拉蒙 . 拉尔（Ramon Lull，1235—1316年）、瓦拉尼斯（Jacobus de Ravanis，?—1296年）、拜拉佩提卡（Petrus de Bellapertica，?—1308年）。在法学著作中，最著名要数《法典集》（Lo Codi）。这是一部法律汇编，汇编于1149年，出现于法国东南部的阿勒斯地区，是《查士丁尼法典》的摘要集，其汇编的目的是为了满足法官在审理案件时的需要。在法国北部地区，1313年，创建了以法律教育为核心的奥尔良大学，刊印了《罗马法简明教程》、《正义与辩护的手册》、《圣路易斯法规汇编》、《索姆农业区法》、《巴黎高等法院民事诉讼程序》、《法兰西主要习惯法和查理六世的习惯法》、《博韦地区习俗法》等著作和法律汇编。这些著作和法律汇编中的许多内容和规则均直接来自罗马法，或者用罗

马法的理论补充和完善习惯法的不足。在此基础上，在法国形成了历史法学派的前身——罗马法学派，并在欧洲一度占有重要地位。

在德意志，罗马法的影响可以追溯至13世纪。那时，以《学说汇纂》为主要内容的普通法通行德意志全境。到14世纪，在各大学里罗马法被列为学生的必修课。但是，罗马法在德意志被接受的程度和范围较之法国和意大利则呈现出复杂和各地参差不齐的情形。在黑森地区，罗马法的影响力相对较强；在萨克森地区，罗马法则遭到了日耳曼法的强烈抵抗；在施勒苏益格、赫尔斯泰以及瑞士地区，罗马法的影响不大；在巴伐利亚地区，罗马法则与当地法律相互融合，共同施行；在纽伦堡和弗莱堡的城市法中，则大量借鉴了罗马法的内容。

在西班牙，由于其在传统上即受罗马法影响，因而，一般称西班牙的地方法为国法，称罗马法为普通法。自11世纪以来，在西班牙出现了一些以罗马法为原本的法律汇编，如11世纪的《巴塞罗那习惯法》、13世纪的《七章法典》等等。《七章法典》实际上是《国法大全》的翻版，后来成为大学指定教材。

在荷兰，罗马法的继受情况与德意志相似。自15世纪开始，在荷兰的各大学中开始开设罗马法课程。15世纪以后，罗马法逐渐取代了荷兰地方习惯法。

在英格兰，自12世纪以来，来自波伦亚大学的教师就开始在英格兰各大学里开设罗马法课程。英格兰法学家格兰维尔和布拉克顿等，在他们的著作中都吸收了意大利注释法学派的思想，例如，布拉克顿的《论英国的法律与习惯》的大部分内容均取自《民法大全》和法学家对于《民法大全》的注释。

（五）重新发现

在文艺复兴的后期，出现了采用人文主义思想和方法研究罗马法的学派——人文主义法学派。他们认为，注释法学派仅仅注重对《民

法大全》的注释，不能适应现实需要；而评论法学派却经常曲解《民法大全》。因此，“返回原文”便成为他们的呼声。他们开始对了罗马法原文进行研究，希图通过对原始文献的挖掘与研究，还原罗马法的本来面目，即重新发现罗马法。人文主义学派的创始人是意大利人阿尔恰托（Andreas Alciatus，1492—1550年）。它出生于意大利的米兰，曾在意大利学习罗马法，先在米兰做律师，后在法国大学执教多年，因此，他也被奉为法国人文主义法学派的创始人。他极其推崇对古代原始文献作纯正的注释的学风，强调应当系统地去阐述法律，而不应当脱离原始文献作华而不实，甚至肆意曲解、歪曲原文的评论或者议论。实际上，人文主义运动的重心在法国，法国人文主义学派的代表人物有库亚丘斯（Jasques Cujacius，1520—1590年）、法贝尔（Faber，1557—1624年）、比代（Guillaume Bude，1467—1540年），德国的查修斯（Ulrich Zasius，1461—1535年）等。库亚丘斯对罗马时期著名的法学家帕比尼安、保罗、乌尔比安等人的著作进行解释，著有《校对修正评注全书》等。比代十分关注希腊影响罗马法的问题，著有《古希腊文化向着基督教的变迁》、《论语言美》等著作。

人文主义法学派的一个最显著的特点就是，他们试图用自己所理解的人文主义思想来改造当时的法学研究现状，他们努力使法律研究从神学中解放出来，成为一门世俗化的学问。因此，他们开始研究公平、正义和理性等法律问题，因而，个人平等、自由、权利、人性等问题也被提上了研究议程。他们企图恢复罗马法的本来面目以及它在历史上所处的地位和作用。总之，他们试图使罗马法走下神坛，回到民间，使得罗马法成为一个具有科学性、系统性和完整性的法律体系。以使得罗马法成为世俗法律的典范与模式。

（六）复兴

罗马法复兴运动如果从12世纪发现查士丁尼《学说汇纂》的原稿开始计算一直持续了7个世纪。而罗马法真正得以复兴的最显著和重要的标志，就是开始于19世纪初期、发起于欧洲的那场轰轰烈烈的法典化运动。在这场法典化运动之前的罗马法复兴运动，在经历了起步、传授、评论、接受和重新发现几个阶段之后终于使得罗马法的理念和精神赢得了欧洲政界和学界的一致认可和高度崇尚。而这种认可和崇尚的结果，直接导致了罗马法（主要是精神）以崭新的姿态重新屹立于欧洲乃至的世界之林，而这种重新屹立起来的最明显的表现，那就是在继承和扬弃罗马法的基本精神——尊崇法律、崇尚自由、珍视平等、尊重私权、提倡理性，表现形式——法典化的基础之上，在欧洲乃至世界范围内开展的那一场影响了世界法治发展历程的法典化运动。这场法典化运动的最显著的标志就是出台于1804年的《拿破仑法典》，以及于1830年完成并出版的、包括了1649—1825年全部立法的、共计30920条法律条文的《俄罗斯帝国法令全书》，而这次复兴过程的最后的伟大成果就是出台于1900年的《德国民法典》。这部民法典的出台，我认为，可以看做是自12世纪以来的那场罗马法复兴运动的终结。因为，自此以后，世界范围内的民法发展趋势已经出现了由近代民法向现代民法的转化过程，即由形式正义向实质正义转化的过程，在这个过程中，原有的罗马法学所显现出来的概念法学[注]逐渐为多元的现代法学[注]理念所替代。因此，我认为，罗马法的复兴的，起步于发现罗马法原文的12世纪，完成于19世纪末，其间经历了700年的历程，是人类史上一次伟大的革命，更是人类法治发展历程中一次奇迹。可以说，如果没有这次旷日持久的罗马法复兴运动，就没有自中世纪至近代以来的西方政治、经济和法治的本质性的发展及变迁，更不会出现20世纪以来法律与法学的持续的发展及演进。罗马法复兴运动对于后世的世界法治的发展方向起到了举足轻重的历史性的作用。

三、罗马法复兴的意义及其影响

1.经过罗马法复兴，使得罗马法所体现出来的尊崇法律、崇尚自由、珍视平等、尊重私权、提倡理性的精神，以及理性、正义、平等等法治思想和理念，再现欧洲大陆。这些思想和理念成为了17、18世纪新兴资产阶级进行反封建斗争的主要思想武器，从此，自然法思想及自由人在私法关系上地位平等的原则开始被欧洲大陆普遍接受。

2，经过罗马法复兴，法学蓬勃发展起来，形成了一个世俗的法学家阶层，改变了以往由教会和僧侣掌握法律知识和话语的情况。这就为把罗马法运用于实践准备了条件，从而为正在成长中的资本主义关系提供了现成的法律模式和法律思想。

3.经过罗马法复兴，罗马法的再次重现和被实践所运用，使得欧洲的商品经济得到比较顺利的发展，市民等级的力量不断加强。对于欧洲统一的民族国家的形成具有积极的推动作用。

4.经过罗马法复兴，通过对于罗马法关于人身和财产的规定的阐述与传播，唤醒了欧洲民众的权利意识，使得平等、权利、法治等观念在民众中得以迅速传播和扎根，有力地推动了欧洲人从野蛮、蒙昧的状态中迅速觉醒并很快地踏上了以追求法治社会为根本目标的历史征程。

---

1. 【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第42—43页。
2. 【美】哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第243页。
3. 【英】巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第45页。
4. 概念法学的基本特征是：其一，在民法的法源上独尊国家制定的成文法，以成文法排斥习惯法和判例；其二，强调法律的自有的逻辑性，不承认法律有漏洞；其三，强调对于法律条文的文义解释和体系解释，排斥解释者对具体案件的利益衡量；其四，否认法官的能动作用，将法官视为适用法律的机械。其基本模式集中表现为抽象的人格、私有财产权保护的绝对化、私法自治和自己责任。关于概念法学及近代法学与现代法学的区别，可参见梁慧星主编：《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司，2000年10月北京版，第164—191页。

5. 所谓多元的现代法学，是指自20世纪以来现代民法所体现出来的实质正义、社会性，以及所表现出来的具体人格、财产所有权的限制、对于私法自治和契约自由原则的限制以及私法公法化、社会责任等理念、模式及思潮。其与传统的、以罗马法为本源的法学体系表现出了极大的不同与叛逆。我认为，其最大的特征就是多元性（化），这也是当今世界政治、经济、文化上大的格局之使然。

本章结论

欧洲中世纪法律传统是11至12世纪以后西欧各民族吸收古代希腊和古罗马的法律传统并加以改造发展起来的法律制度和法治价值理念的总和。其是连接西罗马帝国法治和近代法治的桥梁，可以说，如果没有中世纪法律传统的延续和发展，欧洲后来的法律制度和法律思想是无法得以产生和延续的，也可以说中世纪法律传统是近代欧洲法律传统的前驱。其基本的特点可以概括为：法律的继承性、法律的实用性、法律的发展性、法律的独立性和法律的理性化。这些特征直接影响了近代欧洲法治的发展历程。所以，我认为，欧洲中世纪时期所构建起来的法律传统，是西方近现代法治体系的滥觞。

罗马法的复兴，是欧洲人根据现实的需要，把罗马人创造的法律和思想展示给世人，并且努力地把他们保存并传播下来的一种尝试和运动。罗马法复兴把希腊人和罗马人共同创设和理解的关于法律与正义、法律与理性、法律与社会等法治思想传承并明确地告知人们，让欧洲民众重新树立起了对法的尊崇和信仰。罗马法的复兴，改变了欧洲，也改变了世界，自此整个世界都变得更加复杂多样和精彩纷呈。

欧洲中世纪的法律传统与罗马法复兴运动，共同起到了改变和指引近代欧洲发展方向的巨大的历史作用。它们也是我们研究欧洲乃至世界法治发展历程不可忽略的重要内容。否则，这个研究就是不完整的。

第七章

思想的渊源

第一节
自然法思想的重燃

一、中世纪自然法思想产生的根源

在欧洲的中世纪时期，除了掀起了一场轰轰烈烈的罗马法复兴运动之外，另一个重要的产物，就是自古希腊以来产生的自然法思想在学界得到了重燃。而且，中世纪时期的自然法思想与罗马时代的西塞罗等人的思想一脉相承，它们均对理性与自然法的关系、对神法与自然法的关系等作了全方位的阐述。但是，由于新兴城市市民社会和民族国家的逐渐兴起，中世纪时期的自然法思想中，又呈现出新兴的权利主体对于新的政治、经济权利的新的需求以及对世俗和完整的人的认识之逐步深化的独特的内涵。

自然法思想在欧洲中世纪的重燃，有着其深厚的历史和现实的根源。

首先，与欧洲特定的文化传统密切相关。

中世纪的自然法思想是罗马时期以西塞罗为首的自然法思想的逻辑延伸和发展。而罗马法中的自然法思想则又来源于古希腊哲学学派中的斯多葛哲学。关于这一点本书在第四章中已经有所阐述，这里不再赘述。而古希腊的哲学思想则被公认为是欧洲文化传统的源头，这种源头也同样体现在自然法思想的起源和发展的历程上。正如梅因所说：

> 按照自然而生活，曾被认为是人类生存的目的，并且是最优秀的人必须要达到的目的。按照自然而生活，是解脱粗俗人民的混乱习惯和粗野放纵而达到较高级行为规律，这些规律只有有志者通过克己和自制才能加以遵守。尽人皆知，这个命题——按照自然而生活——是著名的斯多葛派（Stoic）哲学哲理的总和。在希腊被征服后，这种哲学在罗马社会中立刻有了长足的发展。它对于有权势的阶级有着自然的魔力，这个阶级的人们至少在理论上还默守着古代意大利民族的简单习惯，不愿意使自己屈从于新的外来的习惯。他们于是立即开始爱好斯多葛派关于按照自然而生活的训诫。[注]

可见，自然法思想在罗马不仅得到了渗透和发展，而且对罗马法产生了直接的影响。所以，“从整体上来讲，罗马人在法律改进方面，当受到‘自然法’的理论的刺激时，就发生了惊人的迅速的进步。单纯化和概念化的观念，是常常和‘自然'这个概念联系着的；因此单纯匀称和通晓易懂就被认为是一个好的法律制度的特点，过去对于复杂言语、繁缛仪式和不必要困难的好尚，便完全消除。”[注]

罗马法学家乌尔比安认为：“自然法是自然界教给——一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有，而是一切动物都具有的，不论是天空、地上或海里的动物。由自然法产生了男女的结合，我们把它叫做婚姻；从而有子女的繁殖及其教养。的确我们看到，除人而外，其他一切动物都视为同样知道这种法则。”[注]盖尤斯则直接将万民法定义为整个人类共有的法律，而在这个人类共有的法律体系中，自然理性就是全人类平等遵守的共同规则，这个规则就是万民法。[注]

罗马法及其自然法观念对于整个欧洲所产生的广泛而深远的影响，是其他的力量所无法替代的。难怪有学者这样评价希腊哲学对于罗马法的影响：

> 没有斯多葛派主义的传入罗马，罗马法的面貌就会是另一种样子，同样确定的是，没有经过罗马法律学过滤、且凭借了罗马法流

传于后世的自然法观念，现代人的生活也一定不是今天这种样子。

自然法思想在欧洲中世纪的重燃，是欧洲特定文化传统之使然。

其次，与欧洲中世纪法律体系和法律实践的发展与演变密不可分。

自中世纪晚期时起，大陆法系和英美法系就逐渐形成，特别是以罗马法为核心内容发展起来的大陆法系，其法律体系和法律实践无不以罗马法的基本原则和内容为核心。即使是在英美法系的发祥地——英格兰，其法律体系也不可避免地受到了罗马法的影响。这方面的情况主要表现在其理论来源和法律精神方面。

1145年，来自意大利波伦亚大学的罗马法教师瓦卡利乌斯（Vacarius，1115—1200年，曾在意大利学习罗马法，大约于1143年来到英格兰）在牛津开设了罗马法课程。他一方面在牛津大学讲授罗马法，一方面著出的《学说汇纂》、《法典》等9部著作的节本。这些著作通俗易懂，是为贫寒的学者所著的，如《贫民易读大全》。后来，由于斯蒂芬国王毁掉了意大利法律书籍，又停止了他的讲座，他作为基督教会的律师和法官在约克郡工作，还曾被为特使被派往罗马教皇法庭。13世纪，剑桥大学也开设了罗马法课程。此后，罗马法学的研究在英格兰蔚然成风，罗马法学逐渐成为了英格兰各大学中最受欢迎的法学课程。在一些英格兰的法学家所撰写的著作中，都吸收了罗马法注释法学家的思想，其内容也取材于罗马法的文献资料。例如，英格兰著名法学家布拉克顿（H.D.Bracton，约1216—1268年）所著的《论英国的法律与习惯》（出版于1250年，《Delegibus etconsuetudinibus An gliae libri quinque》）一书分为两部分，第一部分主要是对阿佐（Azo Porous 1150—1230年，注释法学派代表人物）注释《民法大全》的著作《法律概述》的介绍，第二部分主要是对亨利三世时期的法律案件的分析。该书还借鉴了查士丁尼的《法学阶梯》

的体例，将法律分为人法、物法、诉讼法三大体系。这部著作主要是用作对法律职业人员的法律实践进行指导，而非纯粹学术性的著作。其目的是通过借鉴罗马法理术语和程序，以弥补英格兰本土法律之不足。例如，他借用了罗马法中关于人的不同身份的术语，来满足英格兰语言中法律词汇的匮乏。[注]但是，经过他们的借用所表现在英格兰法律中的理论和词语，已经不是罗马法原有的理论和词汇，而是经过修改且与英格兰具体情况相适应的带有罗马法色彩的术语和理论了。这就使得英格兰没有和欧洲大陆国家那样，最终走上全面继受罗马法的道路，而是选择了一条独具本土特色的、完全不同于欧洲大陆国家的法律之路。这与英格兰孤独的性格及其自建国之日起就一直游离于欧洲大陆与其岛国之间的独有情怀有着密切的关系。关于这一问题，本书将在第8章走向法治中予以详论。尽管如此，英格兰法律和法学家们的研究活动，依然没有完全脱离罗马法，尤其是罗马法对于法律的分类、法律的概念和术语等，仍然在英格兰被吸收和发扬，罗马法的基本原则和法的精神依然被英格兰所采撷和吸纳。英格兰法学家们不是简单地复制罗马法，而是以借鉴的方式，吸纳了罗马法的思想，而非其形式。比如，罗马法所倡导的“王在法之下”的思想，到了英格兰便成为了“普通法至上”，即法律在其他一切权力之上，法律享有最高的权威的基本法治原则。这也奠定了英格兰法律和政治的基石。而这些理念和思想又都是自然法思想的发展与延伸，而罗马法的核心精神即是自然法精神，因此，自然法的精神与思想也自然而然地成为了英格兰乃至整个欧洲法律的基础和政治统治合法性的依据。在欧洲传统思想体系中，世界都是由神法和自然法统治的，其次才是人法；人法不能违反神法和自然法。只有与神法和自然法无比接近的人法，才是善法，也才能够具有最高的权威性和最高的法律依据。所以说，在中世纪开始形成的欧洲传统法治理念和精神中，自然法思想是其核心，这不仅体现在法律思想体系中，也是欧洲国家立法和司法体系的思想源泉。

再次，与欧洲民族国家的出现有关。

民族国家的诞生是中世纪时期欧洲一个十分重要的历史现象。所谓民族国家是指在一定领土范围内在同一合法政府的治理之下的，有共同历史、文化和生活习惯的一国人民组成的国家。[注]民族国家从诞生之日起就涉及国际法上的国家主权问题。特别是在民族国家形成过程中，往往伴随着国家间为了领土和各类利益而相互争斗，乃至战争的问题，由此对于国家主权问题提出了一系列法理上的解释需求。而自然法是确立国家主权和保持主权国家间正常关系的法理保证。因为根据自然法理论，自然法具有永久性和绝对性，自然法是最基本的、起决定作用的法，人为法来源于自然法，自然法体现了公正和正义。所以，无论是战争时期还是和平时期，它都是有效的。而人为法是人类的意志或上帝的命令，是由人制定的，是易变的，因此，只能在和平时期有效，在战争时期可能失效。因此，战争时期只能适用自然法或者国际法。因为，在敌对状态下，人定法是无效的。发动战争的目的是为了维护法律，因此，战争应以合于法律和诚意为限。而战争的目的一是保卫生命或躯体的安全，二是获取生活所需的东西，这两个目的都是与人类自然最初的本性相符合，因为正当的理性和社会的本质，并不禁止一切形态的暴力行为，它所禁止的只是那些引起反社会的暴力行为，也就是侵犯别人权利的暴力行为。因此，自然法思想的重燃，也是欧洲民族国家出现的客观需要。

但是，中世纪自然法思想与中世纪之前的基督教法学思想密不可分。基督教法学思想中的自然法观点，不仅是对于古代希腊和古罗马时期自然法思想的吸纳和发展，更是中世纪时期自然法思想的前驱和连接中世纪之前和中世纪时期自然法思想的桥梁。因此，若要研究中世纪时期的自然法思想，必然要对中世纪之前的自然法思想及观点做一些必要的铺垫。

二、中世纪之前及中世纪时期基督教法学思想中的自然法观点

（一）法律之起源

在被称为教父学的代表的奥古斯丁（Aurelius Augustine，354—430年）的自然法思想中，国家和法律都是罪恶的产物，二者都要靠自然法和永恒法的指引。因此，为了对人间进行统治以实现和平和秩序，世俗政府及其权力均要有上帝设置，一切法律都是上帝的意志，上帝依照正义使人制定适合本民族的法律。人与上帝之间的和平，是一种有秩序的服从，并且是人忠实地执行上帝的永恒法的关系；人与人之间的和平是一种互相协调关系；一个家庭的和平是家庭成员之间有秩序的统治与服从的关系。一个城市的和平是在公民之间一种有秩序的命令与遵守。这些秩序、统治、服从、命令、遵守，归根到底就是要实现一种与自然法密切相关的普遍的和平，即秩序永恒的法律。而法律正是为这些目的服务，并且起源于对于这些事务的平衡关系之维持之需要。

（二）法的性质和目的

西欧中世纪最有权威的经院哲学家托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas，1225——1274年）认为，法是人们赖以导致某些行动和不作其他一些行动的行为准则或尺度。“法”渊源于“拘束”一词，因为人们受法的拘束而不得采取某种行径。但人类行动的准则和尺度是理性，因为理性是人类行动的第一原理。正是理性在指导着行动以达到它的适当的目的，因而法律是受理性节制的意志，只有体现理性的法才是真正的法。

与法的性质相适应，阿奎那提出了法的目的是实现公共幸福。他说：“严格来说，法律的首要和主要的目的是公共幸福的安排。”“法律的公布乃是整个社会或负有保护公共幸福之责的政治人的事情。”[注]从而他得出法律的定义为：“它不外乎是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排，由任何负有管理社会之责的人予以公布。”又说：“法律

不外乎是由那统治一个完整社会的‘君王所体现的’实践理性的某项命令。”㊟

阿奎那这里所说的理性，实质上指的是自然理性，而这种自然理性是上帝赋予的。可见，阿奎那关于法的性质和目的的理论的基点和出发点仍然属于自然法思想的范畴。因此，他的思想仍然属于基督教（神学）思想中的自然法观点。他的思想和观点是古典自然法思想的渊源之一。

（三）法的分类

奥古斯丁将法律分为永恒法、自然法和人为法三类。永恒法是规定着万物秩序的上帝的理性，而人对永恒法的领悟就是自然法。他认为，世俗法必须符合自然法，而自然法又从永恒法中取得效力。他主张，每个人首先要忠实地执行上帝的永恒法，城市的公民要服从该城市的法律，家庭成员要服从家长的命令，只有这样，才有社会和谐的秩序和安宁。他还认为，政府和法律都是罪恶的制度，因此，教会对国家有绝对的权威，国家只有作为维护人间和平的工具时才是正当的。因此，自然法是一种神定的法，其地位和效力在世俗国家和法律之上，这种自然法刻在人类的心坎上，如果国家的法律不符合自然法和正义，便不具有真正法律的特征，国家也不是真正的国家。奥古斯丁首次使用了永恒法的概念，首次提出了自然法的绝对性和相对性。他所指出的自然法即上帝之法，永恒法就是正义本身，其没有时间和空间的界限。这些观点为后来经院哲学家对于自然法思想体系的最终确立打下基础。

阿奎那将法律分为四类：

1.永恒法

阿奎那指出：“法律不外乎是由那统治一个完整社会的‘君王所体现的'实践理性的某项命令。然而，显然可以看出，如果世界是像我们

在第一篇中所论证的那样由神治理的话，宇宙的整个社会就是由神的理性支配的。所以，上帝对于创造物的合理领导，就像宇宙的君王那样具有法律的性质……这种法律我们称之为永恒法。”[注]所以，永恒法是最高的法，是所有法的源泉。永恒法起源于神的智慧，是一切法律的渊源。人法只有在符合正确理性时，才具有法律的性质，如果人法背离了理性，就是非正义之法。

2.自然法

在阿奎那看来，世上一切事物在某种程度上都与永恒法有关，一切事物都是由永恒法来判断和管理的。但是，理性的动物以一种非常特殊的方式受着神的支配；他们既然支配着自己的行动和其他动物的行动，就变成神意本身的参与者，所以，他们在某种程度上分享着神的智慧，并由此产生一种自然倾向以从事适当的行动和目的。这种理性动物之参与永恒法，就叫做自然法。[注]所以，自然法是永恒法的特殊形态，是人类分享神的智慧的结果。而自然法是我们辨别善恶的依据，其不外乎是神的荣光在我们身上留下的痕迹。[注]因此，阿奎那认为，自然法是上帝赖以启迪人类理性的法，是上帝用来统治人间的法律。其基本原则就是行善戒恶：凡是依照合理的本性所企求的事情，就是善的。他在坚持自然法不变性的同时，也承认自然法在各邦情况下，也具有某种可变性。此思想为新自然法学派的出现提供了依据。

3.人法

阿奎那把人所具备的推理的能力看作是人法产生的基础。他说：“在推理时，我们从天然懂得的不言自明的原理出发，达到各自科学的结论，这类结论不是固有的，是运用推理的功夫得出的；同样地，人类的推理也必须从自然法的箴规出发，仿佛从某些普通的、不言自明的原理出发似的，达到其他比较特殊的安排。这种靠推理的力量得出的特殊的安排就叫做人法。”他借用西塞罗的话对于人法，即法律的起源和产生过程作出了一个结论：“法律最初是从自然产生的；接

着，被断定为有用的标准就相因成习地确定下来；最后，尊敬和神圣又对这一从自然产生的并为习惯所确定的东西加以认可。”[注]

进而他又推导出法律的真正目的和效果是：“诱导那些受法律支配的人求得他们自己的德行。”“法律的真正效果是全面地或在某一方面为之颁布法律的那些人的福利。如果立法者的目的在于求得真正的幸福，即求得由神法所规定的公共幸福，那么人就一定会由于受到这样一种法律的影响而变得绝对地慈祥恺恻。”[注]

关于人法与自然法的关系，阿奎那认为，人法从属于自然法，法律是否有效，取决于它的正义性。只有当一件事情能够正确地符合理性的法则时，它才可以说是合乎正义的；理性的第一个法则就是自然法。所以，他指出：“一切由人所制定的法律只要来自自然法，就都和理性相一致。如果一种人法在任何一点与自然法相矛盾，它就不再是合法的，而宁可说是法律的一种污损了。”[注]

阿奎那把人法归纳为四个特点，作为人法分类的依据。第一个特点，人法是由自然法得来的，根据这个特点，人法可以分为万民法和市民法。第二个特点，人法以城市的公共福利为目标。根据这个特点，人法可以按照那些对于公共福利负有专责的人的不同职务加以区分：有为人民向上帝祈祷的祭司、有管理社会统治者、有为社会的安全而作战的军人。对于这些类别的每一种，都有某种法规与之相适应。第三个特点，人法应当由市民社会的统治者来加以颁布。根据这个特点，人法可以根据不同统治情况加以分类，如君主的律令、元老院的建议、执政官法、平民法等。第四个特点，法律是支配人类行为的法则。根据这个特点，法律可以根据其不同的适用对象分类，并且有时候就以它们的制定者来命名。[注]

阿奎那对于法律的效能问题，提出了法律有正义和非正义之分。如果法律是合乎正义的，它们就从作为其根源的永恒法汲取使人内心感到满意的力量。所谓合乎正义的法律的基本特征是：就它的目的来说，它们是以公共福利为目标的；就它的制订者来说，其所制定的法

律并未超出制订者的权力范畴；就其形式来说，它们使公民所承担的义务是按照促进公共幸福的程度实行分配时。反之，非正义的法律的特征是：当法律违反了前面所确定的标准而与人类幸福不利时；当法律成为臣民的沉重负担，而无补于公共利益，且旨在助长制订者的贪婪和虚荣时；一个立法者所制定的法律超过他的受权范围；法律所规定的负担造成了社会分配不均或不公；法律与神的善性相抵触，例如强迫人们崇拜偶像或作其他任何违反神法的行动。这样的法律与暴力无异，与合法性并无共同之处。他引用奥古斯丁的说法："不公道的法律不能称之为法律。"注

阿奎那还提出了法律具有的指导人类行动的规则和强制力量的两个特点。对此，他专门论述了君主与法律的关系。他认为，就法律的支配能力来说，一个君主的自愿服从法律，是与规定相符合的。他引用了《教皇教令》里"无论何人，如为他人制定法律，应将同一法律应用于自己身上。我们根据贤哲的意见了解到，你应当使自己受你所颁布的同一法律支配"，以及《罗马法典》里所载的罗马皇帝狄奥多西和瓦伦蒂安尼写给地方长官沃鲁西亚努斯的信中所说的："如果君王自承受法律的拘束，这是与一个统治者的尊严相称的说法；因为甚至我们的权威都以法律的权威为依据。事实上，权力服从法律的支配，乃是政治管理上最重要的事情。"他还引用了《圣经·马太福音》中语录，以神的口气斥责那些能说不能行和"把难挑的重担捆起来搁在别人肩上，但自己一个指头也不肯动"的人。进而，他指出："按照上帝的判断，一个君王不能不受法律的指导力量的约束，应当自愿地、毫不勉强地满足法律的要求。所谓君王的地位高于法律，也可以从这样的意义来理解：如果必要的话他可以变更法律，或者根据时间和地点免于实施法律的某些规定。"注

阿奎那认为，财产权起源于人法，而公有制则归因于自然法。但这并不是说，自然法规定一切东西都应公有，不准有私有权存在，而是说，并没有以自然法为根据的所有权之分，只有通过人们的协议才

有这种区别；而人的协议属于人法，所以，私有权并不违背自然法，它只是由人类的理性所提出的对于自然法的一项补充而已。(注)

4.神法

阿奎那认为，除了自然法和人法以外，还必须有一项神法来指导人类的生活；它不同于永恒法，它不是上帝统治整个宇宙的法，它是仅适用于人类的法；有了自然法和人法，还要有神法来指导人类的生活。

阿奎那还详细地阐述了永恒法、自然法、人法和神法之间的关系。他认为，一切法律都是从永恒法产生的，如果人法不是人们从永恒法得来的，那么在人法里面就没有一条条文是公正或合理的；人法从属于自然法，人法如果与自然法相矛盾，它就不再是合法的；神法所规定的是公共幸福，它使得人们变得绝对地慈祥和良善。他区别了永恒法和神法的不同：永恒法是凡人无法直接理解的法，神法则是妇孺皆知的《圣经》。他把《圣经》中的旧约和新约称为“旧法”和“新法”；旧法制约的是人的手，新法制约人的灵魂。因而，神法是上帝赋予人类的法，其目的和作用在于弥补人法之不足。(注)

阿奎那的自然法法律思想中最大的亮点就是永恒法理论的提出。虽然在他之前奥古斯丁曾经提到过“上帝的永恒法”，但是真正地提出了系统的永恒法理论的非阿奎那莫属。阿奎那构建起了一个以永恒法为首的完整的法律体系，在这个体系中，体现上帝意志的永恒法处于最高的地位；早在古希腊和古罗马时期就被奉为法律的最崇高境界的自然法，成为了永恒法的附属品；神法来源于上帝的启示，其是自然法和人法的补充，其地位自然高于自然法和人法；人法则处于最低的地位，它要服从和从属于永恒法、自然法和神法。这样的法律思想所产生的直接后果，就是在西方传统的法律思想和理念里，人法不是最高的法律，它要服从于永恒法、自然法和神法，违反了前三个层次的法的人定法即为不公正的法，即恶法，而对于恶法人类则完全没有必要遵守它，此即所谓恶法非法之理念。而判断善法和恶法的标准，就

是看其内容和基本原则是否违背了永恒法、自然法和神法的内容和基本原则。只要能够指证出人法违反了前三个较高层次的法的内容或者原则的证据，那么此人法即恶法。就是根据上述理论，阿奎那得出了一个影响欧洲法治历史进程的重要思想——一个君王不能不受法律的指导力量的约束，他应当自愿地、好不勉强地满足法律的要求。这里所提出的君王与法律的关系，对于欧洲后世的发展具有极大的影响。这也是欧洲流传千古的著名的法谚——“王在法之下”法治理念的理论依据与渊源。这个法治理念一直影响着当今的欧洲社会。这也是本书在讨论近现代西方社会法律思想理论之前为什么要先讨论一下中世纪之前及中世纪时期基督教法学思想中的自然法观点的原因之所在。实际上，欧洲近现代的法律思想体系，在很多方面都直接来源于中世纪之前及中世纪时期基督教法学思想中的自然法观点，希望读者能够在阅读时予以更深入地思考。这里仅能起到点睛之作用。

---

1. 【英】梅因：《古代法》，商务印书馆1959年版，2011年10月北京第8次印刷，第36—37页。
2. 【英】梅因：《古代法》，商务印书馆1959年版，2011年10月北京第8次印刷，第38页。
3. 【古罗马】查士丁尼：《法学总论—法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第6页。
4. 【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年第2版，第1页。
5. 梁治平：《罗马法律中的希腊哲学》，载《读书》1992年第6期。
6. 具体内容读者可参见周春生等：《欧洲文艺复兴史—法学卷》，人民出版社2010年版，第144页。
7. 苗延波：《华夏商路》，知识产权出版社2014年版，第200页。
8. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第100—101页。
9. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第102页。

10. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第102页。

11. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第102页。

12. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第103页。

13. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第103页。

14. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第104页。

15. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第105页。

16. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第105—106页。

17. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第106—107页。

18. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第108页。

19. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第109页。

20. 张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1996年版，第103页。

第二节
法的基本理论

一、法的起源

关于法的起源问题，自17世纪以来，西方的哲学家们就有着不同的观点和理论。具体可以分为以下几类：

（一）人性说

将法律起源归结为人的本性的学者主要是17世纪的古典自然法学的代表人物斯宾诺莎和19世纪德国伟大的哲学家康德。

17世纪荷兰著名唯物主义哲学家和古典自然法学的主要代表斯宾诺莎（Baruch Spinoza，1632—1677年）认为，人是大自然的一部分，像大自然的任何事物一样必须服从统一的自然律或自然法则，而每种事物都有着自身的天然的本性，这个本性就是竭力地保存自己和发展自己。这就是自然的最高的律法与权利。[注]那时就像在自然界里大鱼吃小鱼、小鱼吃虾米的自然现象一样，在这种自然状态下，每个人为了生存可以互相侵害和欺骗。因此，在那时既没有人类一致认可的判断善与恶的标准，人的行动也不受任何法律的约束，因而也就没有罪的观念。在自然状态下，当然也没有所有权的观念，一切物属于一切人，也就无所谓公正或不公正。但是，同样属于大自然的人和其他动物有一点不同，那就是人有理性。虽然世界上的任何事物都具有广延和思维这两个属性（即身体和灵魂），但人的思维能力高于其他生物，人能认识周围的环境和自己，因此，人能够认识到自然环境的恶

劣，并且时刻都在企图摆脱这一状态；但人们又认识到要改变这一状态就必须对自己的权利有所约束，必须与别人和平相处。但是，大部分又不能做到这一点，感情用事、不能约束自己的欲望，是人的本性，因此，必须要有一种外部的强制力量来约束和控制人的这一本性，这种约束和强制力就是国家与法律。因此，他说："若是人生来只听清醒的理智的指挥，社会显然就用不着法律了。""因为大多数人关于欲求和效用的观念是为肉体和本能和情绪所支配，只顾眼前。因此之故，若无政府、武力和法律以约束压抑人的欲望与无节制的冲动，社会就站不住的。"注而人又都具有趋利避害的本能，因此，"只消社会将私人各自报复和判断善恶的自然权利，收归公有，由社会自身执行，这样社会就有权力可以规定共同生活的方式，并制定法律，以维持秩序，但法律的有效施行，不能依靠理性，而须凭借刑罚，因为理性不能克服感情。像这样的坚实地建筑在法律上的自我保存的力量上面的社会就叫国家，而在这国家的法律保护着的个人就叫做公民。"注

可见，按照斯宾诺莎之说，人的本性是国家和法律产生的根源，换句话说，国家和法律的产生是人的本性的必然产物，是人的理性的要求，是为了弥补人性之不足。我们可以将此理论称之为关于法律起源的自然状态和自然权利说。

18世纪到19世纪初的德国著名哲学家、德国古典哲学的创始人康德（Immanuel Kant，1724—1804年）认为，人有意志，而意志的本性是自由。他把人的自由分为野性自由、法律下的自由和道德自由三个阶段。人类的最初的自由是无限制地对外部世界的财物的占有，这是一种只顾自己而不管别人的野性自由，其结果必然是人之间的彼此的相互侵犯和冲突，而导致人彼此之间的不自由和生命无保障。这种状况被有理性的人所警觉，并认识到必须要对个人的无限制的自由有所限制和约束，于是，他们就觉得应当签订一个社会契约，建立一种社会的权力机构，使得人类逐步摆脱野蛮状态，由无政府、无法律的状

态，进入到有权威、有秩序的文明社会。而这个状态的最高境界就是以法律为最高权威的公民社会，即法治社会。他说：“唯有在社会里，并且唯有在一个具有高度的自由，因之它的成员之间也就具有彻底的对抗性，但同时这种自由的界限却又具有最精确的规定和保证，从而这一自由便可以与别人的自由共存共处的社会里——唯有在这样一个社会里，大自然的最高目标，亦即她那全部禀赋的发展，才能在人类身上得到实现。”注

康德认为，法是基于人的本性（自由）而产生的，其目的是为了限制人的野性自由，从而使每个人获得真正意义上的自由。一句话，法律产生于人的本性和人对于法治社会的追求。康德关于法律起源的这一观点，在本质上与斯宾诺莎的观点是一脉相承的。他们都从人的本性出发，来讨论和研究法律的起源问题，而且所得出的结论也基本是一致的——人的本性乃法律产生和起源的基础。

（二）民族精神说

19世纪上半叶德国著名的私法学家萨维尼（F. C. von Savigny，1779—1861年）认为：一切法律均缘起于行为方式，“法律产生于习俗和人们的信仰，其次乃假手于法学——职是之故，法律完全是沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力，而非制定者的专断意志所孕就。”注在这里，萨维尼认为，法是土生土长的产物，就像艺术和语言一样，是各民族内部自发地、逐渐地产生的，而非由立法者所能够自己原创出来的。他的观点与斯宾诺莎和康德的法律产生于人的本性的观点大相径庭，反映了萨维尼强烈的民族精神。

（三）习惯说

19世纪另一位英国杰出的法学家、历史法学派在英国的代表，晚期历史法学派的集大成者梅因（Henry James Samner Maine，1822—

1888年）运用历史的方法研究法律起源问题，他提出，最初的法律不是来自主权者的命令，法律本身是由风俗、习惯、各种意见、信仰、宗教观念等多种因素所决定的一种十分庞杂的混合体。他认为，人类初始时代不存在法律，法律的起源可以追溯到古希腊的父权制时代，可从“地美士”（themis）和“地美士第”（themistes）这两个词作为研究的起点。“地美士”和“地美士第”汉语一般译为“法律女神”或“司法女神”。其原是希腊神话中宙斯的陪审官，后来被视为希腊众神中的司法女神。他说：“当国王用判决解决纠纷时，他的判决假设是直接灵感的结果。把司法审判权交给国王或上帝的神圣代理人，万王之中最伟大的国王，就是地美士。这个概念的特点，表现在这个字的复数用法。地美士，即地美西斯，是‘地美士’的复数，意指审判的本身，是由神授予法官的。......但是我们必须明白了解‘地美士第'并不就是法律而是判决。......它们是个别的、单独的判决。......我们由此就有了一种‘习惯’的胚种或者雏形，这是在‘地美士第'或判决之后的一种概念。”[注]而一个习惯观念必然是先于一个司法判决的概念，一个判决必然肯定一个习惯，或是对于违犯习惯的人加以处罚。但是，判决不是法律，是源于父系家族的家长和国王手中的一种活动，各判决间也没有连贯性，因而，它仅仅是一种法律的萌芽和源起。而在那样一个没有立法机关和立法者的人类初生时代，法律还没有达到习惯的程度，它只是一种惯行，一种气氛，对于是或非唯一有权威性的说明是根据事实做出的司法判决，并不是由于违反了预先设定的一条法律，而是在审判是由较之法官更高的权力所决定的。而在英雄时代开始之后，起初具有神的权威的国王的权力逐渐开始消移而由贵族阶级所取代。而贵族是法律的受托人和执行人。他们垄断法律知识，对于决定争议所依据的各项原则有独占的权利。人们从此走进了习惯法的时代，自此习惯或惯例成为了一个有实质性的集合体而存在，并为贵族阶层所精确知道。于是，通过这些贵族，一个民族或部落的习惯被保存下来。这些习惯在实践中逐渐变成了一个为特权阶层所掌握的习惯法，习惯法就是不成文法。习惯法阶段之后，便是法典的阶段，自此法律开始为公

众所知，人们开始知道了应该做些什么和不应该做些什么。希腊的梭伦法典和罗马的十二表法以及印度的摩奴法典即为其典型者。自此，法律自发阶段便告结束。

梅因把法律起源与演变的理论结合起来，把法律产生演变与发展分为了三个阶段，即地美士（判决）—习惯法—法典。这三个阶段互相衔接、顺序发展，这是梅因一个天才的提法，进而提出了社会改良、法律进化的规律，他把进步社会的运动，概括为一个从“身份到契约”的运动，[注]准确地把握了12世纪以前人类社会演进的本质规律和特点。此乃梅因对于法律思想的一个伟大的贡献。

（四）斗争说

19世纪德国著名法学家耶林（Rudolph von Jhering，1818—1892年）批判了历史法学关于法的起源的观点，提出了“法的目标是和平，而实现和平的手段是斗争”。[注]他认为，“法的生命是斗争，即国民的、国家权力的、阶级的、个人的斗争。”“世界上的一切法都是经过斗争得来的。所有重要的法规首先必须从其否定者手中夺取。”“法不仅仅是思想，而是活的力量。因此，正义女神一手持有衡量的权利的天平，另一只手握有为主张权利而准备的宝剑。……天平与宝剑相互依存，正义女神挥舞宝剑的力量与操作天平的技巧得以均衡之处，恰恰是健全的法律状态之所在。”[注]

他指出，历史法学认为法同草原上的法一样，无痛苦，无辛劳，无须雕琢，自然形成的想法是浪漫主义的观念，是基于对过去状态的错误的理想化的观念。他确信：在原始时代要获得法，要比其后时代付出更多的劳苦。法的诞生与人的降生一样，一般都伴随剧烈的阵痛。为法的诞生而必要的斗争，不是灾祸，而是恩惠。[注]

（五）社会秩序说

20世纪美国加利福尼亚大学的法学和政治学教授博登海默（Edgar Bodenheimer，1908—1991年）从社会秩序的角度来论述法律产生和存在的必然性。他认为，法律是人类社会基于建立秩序的需要而产生的，因为如果没有法律人类社会就会陷于无政府状态或专制独裁状态。他说："法律在本质上是对专制权力行使的一种限制，因此，它同无政府状态以及专制政治是敌对的。为了防止具有为数众多而又互相抵触的意志的无政府状态，法律限制私人的权力。为了防止一个专制政府的暴政，法律控制了统治当局的权力。""一个完整与充分发达的法律制度，对于无政府状态和专制政治这两种截然相对的形式来讲，是处于等距离的位置。通过一个行之有效的私法制度，它就可以试图划定私人或私人群体的行为范围，以防止或反对相互侵犯、过分妨碍他人的自由或所有权的行使和社会冲突。通过一个行之有效的公法制度，它就可努力限定与约束政府官员的权力，以防止或救济对应于保障的私人权益领域的不当侵犯，以预防随意的暴政统治。这样，最为纯粹的最为完善的法律形式，便会在这样一个社会制度中得到实现，在该制度中，已经成功地排除了私人和政府专制地或暴虐行使权力的可能性。"[注]

可见，博登海默把法律的产生与起源归结于人类为了维持良好有序的社会秩序的需要。它的最具亮点的地方就在于，针对法律的复杂性的特点，运用了一种新的能综合各种法学流派优点来研究法律现象。的确，在人类社会进入20世纪，特别是进入21世纪之后，法律现象已经远远不是数百年前甚至几十年前那样的简单和单纯了，面对如此纷繁复杂的世界和社会，仅用一种理论或者一个学派或者一门学科的知识和理论，是无法研究和解释当代法律现象的。运用综合的思路和方法来研究法律现象，乃当今法学研究的一个大的趋势。法律和法学越来越成为一门综合学科，研究它的人也必定是一个有着多个学科背景和知识、才能的综合性人才，而非仅仅懂得或者背得几本法律教材和法律条文者。

二、法的概念及本质、特性

（一）责任说

17世纪荷兰著名的人文主义者和法学家格老秀斯（Hugo Groot，1583—1645年）在其不朽之作《战争与和平法》中，从对“法”一词的拉丁文ius的用法和含义入手，分析了法的概念和本质。

他认为，ius有正义、权利和规则（规范）三重含义。而从法的角度出发，他认为，ius是具有正义品德之人所应遵守的行为规则或规范，即法。他说：法“是指责成（obliging）我们作出恰当行为的道德行为规范。我们说的‘责成’我们，因为即使是最好的忠告者或者格言，如果未给我们设定遵守它们的法律义务，都是不能冠之以‘法律'或‘法’的称呼的。至于说到允许性行为，它并不为法律所规定，而法律只是对其表示默认。不过法律却同时禁止任何人妨碍他人作出为法律所允许的行为。但是正如我们已经指出的：法律迫使我们作出恰当的行为，而不仅仅是正义的行为，因为在此概念下，正如我们已经解释的，法律不仅构成正义，还构成其他美德的实质内容。”注

可见，格老秀斯从分析ius入手得出结论：法是为了正义和权利而应负的责任。他还提出了“自然法是市民法之母，自然是市民法之祖母”的名言。他说：“因为自然法之母就是人性，社会交往的感情就产生于此，并非由于其他的缘故，遵守契约即为民法注之母，而自然法又是从契守的约束力所生，因此可以说自然法是民法之母，而自然法又是从契守的约束力所生，因此可以说自然法是民法之祖。有人性然后有自然法，有自然法然后有民法。”注

（二）规律说

斯宾诺莎认为：“律这个字，概括地来说，是指个体或一切事物，或属于某类的诸多事物，循一固定的方式而行。这种方式或是由于物

理之必然，或是由于人事的命令而成的。由于物理之必然而成的律，是物的性质或物的定义的必然结果。由人的命令成的律，说得更正确一点，应该叫做法令。这种法律是人们为了自己或别人而立的，为的是生活更安全，更方便，或与此类似的理由。”㊟

在这里，斯宾诺莎把法律视为必然或规律的一种。

（三）共同意志说

17世纪英国近代哲学家约翰·洛克（John Loke，1632—1704年）认为，自然状态虽然好，但却存在三个缺陷，即其一，缺少一种确定的、规定了的、众所周知的法律；其二，缺少一个有权依照既定的法律来裁判一切争执的知名的公正的裁判者；其三，缺少权力来支持正确的判决，使它得到执行。因此，受到不公平损害的人都得靠自己的强力来实现公正，挽回损失。这种反抗往往会使自己承担风险。㊟因此，为了克服上述的缺陷，人们才加入社会，签订了社会契约，交出了一部分自然权利，建立了国家制定了法律，以便更好地保护和享受自然权利。因此，“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的，是保护他们的财产。”㊟“这就是公民社会的立法权和行政权的起源。”㊟既然国家和法律是社会社会契约的产物，那么法律自然就是缔约者共同意志的体现。他指出，立法机关就是受社会的委托来表达公众意志的，因此，立法机关是社会公众共同利益的体现；作为公共意志基础的公共利益是法律的基础和目的。

（四）必然关系说

18世纪法国伟大的思想家孟德斯鸠（Charles Louis Montesquieu，1689—1755年）认为：“从广泛的意义上来说，法是源于事物本性的必然关系。就此而言，一切存在物都各有其法。上帝有其法，物质世界有其法，超人智灵有其法，兽类有其法，人类有其法。”㊟他认为，

没有法则世界便不复存在。即使是造物主的上帝在创造宇宙时也是他保护宇宙所依据的法。他把法分为自然法和人为法两大类。与阿奎那将永恒法作为最高地位的法的观点不同，孟德斯鸠却认为：先于上述的各类法则和规则而存在的是自然法，因为，除了人类存在的本质外，自然法再没有任何其他渊源。自然法就是人在社会组成之前所接受的法。其主要的作用有四条：第一条是把造物主的观念灌输给人类；第二条是设法使人填饱肚子；第三条是两性之间相互殷勤；第四条是实现人类在社会中共同生活的愿望。孟德斯鸠认为，人与人之间和国与国之间的战争状态的存在，促成了人与人之间法律的产生。他把人为法分为万民法、政治法和公民法。地球之上的各个民族之间的相互关系产生的万民法；每个社会还有与业已建立起来的政体性质和原则相吻合、藉以组成这个政体的政治法和用以维持这个政体的公民法。他认为，法是人类的理性，因为它治理着地球上的所有民族。各国的政治法和公民法是人类理性在各个具体场合的实际应用。

孟德斯鸠运用普遍联系的研究方法，指出法律与国家的物质条件，气候状况，土地质量，地理位置，疆域大小，民众的生活方式，民众的政治自由度，居民的宗教信仰、偏好、财富、人口多寡、贸易、风俗习惯，与别的法律、法律的来源、立法者的目的以及作为法律建立的基础的事物的秩序等，密切相关。他在其名著《论法的精神》一书中对这些关系予以了一一考察，明确指出，这些关系综合起来就构成所谓法的精神。而法的精神就存在于法与各种事物之间可能发生的关系之中。[注]笔者认为，孟德斯鸠所谓的法的精神是这个世界上各类关系的总和。换句话说，法的精神既存在于法所赖以存在的各类事物的性质之中，又存在于法与外在事物的关系和法的相互关系之中。总之，法不是一个简单的、单纯的概念，而是一个与各类事物具有密切相互关系的复杂的事务。他在此实际上也告诫了我们，准备以研究法的现象为自己一生追求的人，其若仅仅以法的本身作为自己的研究对象和奋斗目标的人，那他就绝对不是一个称职和合格的法的研究者。如果他固执且愚蠢地这样做了，那么也就决定了他的研究终将

会走向失败，甚至到头来一无所获。即使他在某个领域有了一些微不足道的体会和感受，也终究成为了不了一个名符其实的法学家。这是孟德斯鸠留给我们的最大的启示。

（五）有意识行为协调说

康德认为：法律“（1）首先，它只涉及一个人对另一个人的外在的和实践的关系，因为通过他们实际上的行为，他们彼此可以间接的或直接的影响。（2）其次，法律的概念，并不表示一个人的行为对另一个的愿望或祈求的关系，不问它是仁慈的行为或者不友好的行为，它只表示他的自由行为与别人的行为自由的关系。（3）最后，在这些有意识行为的相互关系中，就任何人所抱的目的而论，法律概念并不考虑意志行动的内容。换言之，关于法律的问题，我们要回答的不是关于人们为自己的事情，如购买货物时不问是否在这一笔买卖中获得好处，而是考虑这笔交易的形式，考虑彼此意志行为的关系。因此，意志行为或意志选择之被考虑，只是在于它们是自由的，并涉及一个人的行为按普通法则能否与他人的自由协调的问题。”因而，他得出一个结论：“法律就是那些使任何人的有意识的行为按照普遍的自由法则确实能与别人的有意识的行为相协调的全部条件的综合。”[注]康德提出了一个公正的普遍法则概念，他说：“任何一个行为，如果它本身是公正的，或者它依据的准则是公正的，那就是：根据普遍法则，这个行为和每一个人以及和所有人的意志自由在行动上可以同时并存。”公正的普遍法则可以表述为：“外在行为需要这样：根据普遍法则，你的意志的自由行使能够和所有其他人的自由并存。”如果有任何人妨碍了别人的行为，或者妨碍了别人保持现状，他就是侵犯了别人的利益，因为，根据公正的普遍法则，这种妨碍或破坏不能和自由并存。[注]

在这里，康德实际上提出了一个非常重要的法治原则和理念，即：权利是与义务相对应的。他把这种权利与义务相对应的原则具体

表述为三点：公正地生活、不侵犯任何人、个人自己的东西给他自己。他把此法治原则称之为法律上的一种公正的责任。

康德还提出了另一个极其重要的法治原则和理念，即：法所表达的只能是公意。他指出，无法律的状态是指一种没有分配正义的社会状态，它可以看作是个人权利的世界；而文明的状态则是一种公共权利的世界。在这个文明世界中，法律只是把人们和平共存的法律体制，都由共同的宪法来规定。因此，法律必须被看成和设想为公共的法律。(注)因此，立法权只能属于人民的联合意志。因为国家的一切权力都是从这个权力产生的，它的法律必须对任何人不能有不公正的做法。如果任何一个人按照他与别人不同的意志去决定国家是事情，那么，他就可能经常对别人作坏事；但是，如果由大家决定并颁布他们自己的法律，就绝不会发生这种事情，因为自己不会伤害自己。所以，只有全体人民联合并集中起来的意志，才应当拥有制定法律的权力。(注)

（六）公意说

18世纪法国伟大的古典自然法学家卢梭（Jean Lacques Rousseau，1712—1778年）认为，法律乃是公意的行为；我们既无须问君主是否超乎法律之上，因为君主也是国家的成员；也无须问法律是否会不公正，因为没有人会对自己不公正；更无须问何以人们既是自由的而又要服从法律，因为法律只不过是我们自己意志的记录。法律既然结合了意志的普遍性与对象的普遍性，所以一个人，不论他是谁，擅自发号施令就绝不能成为法律；即使是主权者对于某个个别对象所发出的号令，也绝不能成为一条法律，而只能是一道命令；那不是主权的行为，而只是行政的行为。(注)

德国古典哲学的主要代表乔治·威廉·弗里德里希·黑格尔（Georg Lvilhelm Friedrich Hegel，1770—1831年）把法定义为：“任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法。所以一般来说，法就是作为理念

的自由。”[注]他论述道：“法的基地一般来说是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。至于法的体系是实现了自由的王国，是从精神自身产生出来的、作为第二天性的那精神的世界。”[注]

黑格尔所说的理念，既包括了事物的概念，又包括了事物的现实或定在。定在与概念、肉体与灵魂的统一便是理念。他说，法的理念是自由。在黑格尔哲学中，自由并不是随心所欲，任性，并非毫无限制，而只是在正确认识规律的基础上自觉地依照规律办事；人的自由的实现离不开一定的自然环境和社会环境，离不开人的肉体和热情；自由的根基是意志，而意志的本性是自由，“自由是意志的根本规定，正如重量是物体的根本规定一样。”他认为，人类的历史就是自由的发达史，而历史的进步正是在历史人物的热情的推动下向前发展的。而意志则是人所特有的一种精神现象，是思维的继续发展，是人的欲求，是包含着目的的思维。人只有在思维中才能获得自由，才存在着自由问题。“意志只有作为能思维的理智才是真实的、自由意志。”[注]但是，黑格尔认为，并非所有的意志都是法，只有认识了必然的意志才是法。这种意志就是公意，因为只有公意才具有普遍性。他说：“公意、普遍意志即意志的概念，法律就是基于这种普遍意志的概念而产生的特殊规定。”[注]同时，黑格尔还把法理解为人的规律，他把规律分为自然规律和法律两种，他解释道，太阳和行星虽然都有它的规律，但是它们不知道这些规律；野蛮人受冲动、风俗、感情等的支配，但是他们没有意识到这一点。由于法被制定为法律而被知道了，于是感觉和私见等一切偶然事物，以及复仇、同情、自私等形式都消失。法就这样地初次达到了它的真实规定性，并获得了它的尊严。[注]

黑格尔把法理解为自由意志的定在，人的自由的规律，是公意或国家意志。

（七）命令说

17世纪英国著名的思想家托马斯·霍布斯（Thomas Hobbes，1588—1679年）认为："法律普遍来说都是建议而是命令，也不是任何一个人对任何另一个人的命令，而是专对原先有义务服从的人发布的那种人的命令；至于国法则只是加上了发布命令的人的名称，这就是国家法人。"但作为法律还有一个基本的特性，那就是法律"对于每一个臣民说来国家以语言、文字或其他充分的意志表示命令他们用来区别是非的法规，；也就是用来区别哪些事情与法规相合、哪些事情与法规相违的法规"。注他对于法律本质的基本观点就是认为法律是主权者的理性的命令，这是霍布斯有别于其他法学学派的一个最大的区别。他认为，并非一切命令都是法律，而必须是理性的命令，并且是国家的理性。他说："法律不能违反理性"，法律"不是法官的慎虑或低级法官的智慧，而是我们这位人造的人——国家的理性和命令"。注

功利主义法学的创立者、英国18至19世纪著名的哲学家杰里米·边沁（Jeremy Bentham，1748—1832年）把法律定义为：法律是主权者自己的命令或者被主权者采纳的命令的总和。他说，法律是由一个国家、主权认知或采用的意志宣告符号的集合，每一个法律设定一个责任，法律的性质和真正的本质是去命令，，法律的语言应该是命令的语言，所有法律必须以强制或痛苦或喜悦的形式加诸当事人，法律有刑罚或其他惩罚作后盾。注他认为，法律是强加于公民身上的义务，公民如果反抗主权者的命令就要受到制裁。法律有强制和非强制的性质，强制的法律是一个命令；一个非强制或没有强制的法律，全部或部分地使法律无效，每一个强制的法律都产生一个侵犯行为，每一个法律是一个命令或其对立物。

可见，边沁把法看作是主权者的命令，是针对人们的普遍行为，它是人们的行为准则，它规定人们可以做什么，不可以做什么，法有强制力。在这里，边沁已经总结出了法律的一些基本属性。

19世纪英国著名的分析实证主义法学理论的创始人奥斯丁（John Ausitin，1790—1859年）认为，所有的法律都是各类命令，而命令是

一种希望他人做活不做某种行为的表示。“如果你表达一个愿望，要我做活不做什么，而当我不服从你的愿望时，你就会以对我有害的结果施加与我，你的这个愿望的表示就是命令”。注他把命令与义务、制裁结合起来，义务是由命令宣布的，命令一宣布，义务就被设定；如果命令没有得到服从，或者义务被违反，违反者就会被施加痛苦，这种痛苦就是制裁。注可见，奥斯丁也将法律定义为命令，但其不同的是，他又提出了法多包含的基本要素为命令、制裁和义务。这是他对于法的概念的基本认识。

（八）正义说

20世纪德国著名思想家古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch，1878—1949年）把法与法律予以了区分，认为，法与法律虽然都是为正义服务的一种制度和规范，但二者是有区别的：法是正义本身，而法律只是带有法的性质的纯粹的权力规范。因而，法律并不一定都符合法，法律有良和恶之分，而区分良和恶的标准就是自然法。他说：“国家通过超实在法，通过自然法，通过自然法是原则，而受自己的实在法的约束，自此基础上实在法本身的效力才能够得到确立。”注但他又指出了他所说的自然法与传统的自然法方法论原则不同，他要“建立自然法之客观方面的要求：人权、法治国、分权、人民民主等。”同时他又强调：“自由和平等是不可摧毁的基础，我们可能会远离这样一个基地，但我们必须总是要走回到这个基地。”注他对于法西斯法予以了否定，认为：“对权力的盲目崇拜，意味着是现实政治时代、霸权国家时代在法律上的部分反映。”注而由于实证分析法学派（实证主义）“相信‘法律就是法律’，已使德国法律界毫无自卫能力，来抵抗专横的、犯罪内容的法律。”注

（九）秩序说

19世纪下半叶至20世纪20年代德国思想家马克斯·韦伯（Max Weber，1864—1920年）认为，法律是一种秩序，在这一秩序中，存在着一个人或者若干人，他们旨在贯彻制度，准备采用专门为此所规定的强制手段（法律强制），这种强制手段是有关的共同体化的法的制度。㊟

韦伯认为，法律在社会中并非独立的，法律体系在社会中是与各自其他因素相互作用的，如果离开了经济利益，法律规定将无实体意义。因此，他认为，社会行为和社会关系，是行为者在合法秩序的观念引导下实施的。当人的行为已某种公理为指导时，社会关系的内容就称为社会秩序。无论社会秩序是否被遵守，秩序本身需要一种合法性或正当性，而这种合法性是由强制性来加以保障的。当这种保障来源是行为人内在的因素时，此即道德秩序、宗教秩序等社会秩序。因此，韦伯在对法律的研究中，并没有就法律而论法律，他是从社会结构、社会行为、社会关系中来研究法律。这应当是当代法学者研究法律现象应有之态度。因为，法律现象时社会现象之反映，任何法律现象都无法摆脱其所存在的社会背景的影响和决定。

与韦伯的观点相类似的是20世纪另一个著名的奥地利裔的美籍法学家——汉斯·凯尔森（Hans Kelsen，1881—1973年）。他给法律下的定义是："人的一种秩序。一种'秩序'是许多规则的一个体系。法并不是像有时所说的一个规则，它是具有那种我们理解为体系的统一性的一系列规则。"㊟他提出，法律是一种人的行为强制性规范秩序，它是一种人类行为的秩序，它以人的行为作为调整对象，同时，它也是一种强制秩序和规范秩序：它是对于有害于社会的事件或行为的社会中的一种有组织的制裁，与道德、宗教的强制方式存在着重要的区别；它授予官员适用法律，使他们的适用法律的行为具有合法性。这实际上也指出了法律的一些功能和作用，但其仍属于对于法律性质的论述的范畴。

（十）工具说

20世纪美国社会法学派的主要代表人物罗斯科·庞德（Roscoe Pound，1870—1964年）从法律的词源上开始研究。关于什么是法律?他认为，这是一个自公元前6世纪希腊人开始就一直争论不休的问题。造成这种困难的根源在于：三个完全不同的东西都使用了法律这一个名词，而人们都曾试图用其中一个为根据来解释所有这三者。法律这一概念具有三种意义，第一种意义是现在法学家们所称的法律秩序，即通过有系统地、有秩序地使用政治组织社会的强力来调整关系和安排行为的制度。第二种意义是指一批据以作出司法或行政决定的权威性资料、根据或指示，如通常所说的财产法、契约法等。第三种意义是指司法和行政过程中，即为了维护法律秩序依照权威性的指示以决定各种案件个争端的过程。“法律就是公务上所做的一切事情”。这三重意义就是我们今天给予法律这个名词的意义。[注]庞德认为，只有用社会控制的观念才能将这三种意义加以统一。因此，法律“是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。”[注]

庞德对于第二种意义上的法律予以了详细的论述。他说：“这种意义上的法律包括各种法令、技术和理想：即按照权威性的传统理想由一种权威性的技术加以发展和适用的一批权威性法令。”接着他详细地论述了权威性理想理想、权威性技术等概念和内涵，进而提出构成法律结构体系的基本要素为：法律秩序、权威性资料和司法行政过程三大部分，而权威性资料则又包含了极为复杂的结构：法令、技术和理想，而法令则又包含了各种规则、原则、概念和标准。[注]实质上，庞德仅仅把法律界定为控制社会的一种工具。因为，他所说的法律所具有的那三种意义，从其本质上说，俱为控制社会所依赖的工具；他认为，只有将三种意义上的法律予以统一，才能达到社会控制的最终目的。因而，庞德法律观之实质乃法律工具说也。

（十一）责效说

庞德指出，法律在当今社会中具有几个特性：[注]

第一，命令的特性。他认为，在原来的初民时代，本无法律，凡事只依据风俗习惯来处置。而自国家出现后则必须制定规则与建立行为标准。规则用以处理直道，后者用以治理人群中的相互关系。两者的用处不同，但其目的是一致的。

第二，威权是特性。他认为，当今法律愈立愈多，而法律均为国家所造，统治者立法的目的有三：一是惩罚犯法者；二是震慑对于现行社会不信服者；三是责令损害他人利益者恢复旧观或赔偿因其扰乱行为而给他人造成的损失。

第三，责效的特性。他认为，没有责效法律形同虚设。责效又可分为三类，即：刑法；保证金；赔偿损失和交纳赎金（罚金）。

他认为，在当今世界，除了国际法没有责效外，所有法律必须具有责效。没有责效，则国家的法律将成为陈议或劝诫；只要一有责效，法律变成命令；责效无力时，法律便成具文，即所谓“死文字的法律”，法律在此时只有其名而无其实。所以，他认为，只有“责效实能给予任一部规则以法律的特性”。[注]可见，庞德将责效的特性看做法律的最重要和最基本的特性。

（十二）事业说

20世纪美国著名的新自然法学的主要代表之一朗·富勒（Lon Fuller，1902—1978年）提出“法律是使人类行为服从于规则之治的事业”[注]。他所：“我坚持认为法律应当被视为一项有目的的事业，其成功取决于那些从事这项事业的人们的能量、见识、智力和良知，也正是出于这种依赖性，它注定永远无法完全实现其目标。”[注]

富勒的法律观的主要亮点在两个方面，第一个亮点是他认为，法律不仅仅是一种手段，也包含着目的与手段的统一体。他说：法律应当被理解“为一种目的性事业而非实现某一外在目的的手段，而不像庞

德那样把法律理解为一种社会控制的工具等。”[注]另一个亮点是他指出，法律不仅仅是一个规则体系，而且是一种围绕着规则的制定和贯彻落实的活动而开展的过程。他说：“与多数现代法律理论不同，这种观点将法律视为一项活动，并且把一套法律体系看成是一种有目的的持续努力的产物。”[注]他还认为，作为一整套法律体系而言，其不仅包括国家颁布的法律，一些教会、俱乐部、大学和工会等社团组织的内部章程，也都是法律。[注]可见，富勒的法律事业说的观点，扩大了法律的外延与内涵。

（十三）习俗和惯例说

20世纪西方自由主义学派的主要代表哈耶克（F. A. Hayek，1899—1992年）把法律分为实质性法律和制定法两种。他认为，所谓实质性法或叫内部规则，是社会自发生成的，所谓制定法又叫外部规则，是由立法机关制定的，又叫立法，但是，后一种所谓的法律，其大部分不是法律，而是国家对其官员所发布的命令，而不是调整私人间或私人与国家间的实质性法律。而这些对政府官员发布的命令不是真正的法律，不应当叫做法，而应当叫做依附法，或次级法。所以，他认为：“这种法律称为政府规则或政府细则可能更为恰当。”[注]他又指出，这两种法律的区别在于产生的方式不同，实质性法律源于并非人之创造的自生自发秩序的情势，而制定法则有助于刻意建构一个为具体目的服务的组织。[注]实质性法律（内部规则）是那些构成自生自发秩序之基础的正当行为规则，其特征是调整人与人之间的涉他性活动中所具有的否定性、目的独立性和抽象性。

可见，在哈耶克看来，法律并非指国家的制定法，而是自然形成的并被人们普遍遵守的社会习俗和惯例。其与我们前面所论及的自然法学派所说的自然法的意义相近。这也可以看做是20世纪以来自然法学说和学派的复兴和回归。相继出版于20世纪70年代的《法律、立法

和自由》一书集中地反映了哈耶克自由主义理想社会思想。其中最具亮点的就是对于实质性法律和制定法的区分。

三、法的功能及目的

（一）社会控制工程说

庞德认为，法律秩序是一种有序化或条理化的过程，它部分是由司法而实现的，部分是通过行政机构而实现的，还有一部分是通过为人们提供以法律命令的形式的指导而实现的。无论是司法、行政、立法和法学等方面的活动，都旨在调整各种关系和协调人们之间彼此重叠的权利主张，都旨在规定每个人可以安全地坚持自己的权利的范围来保障各种利益，而且一都旨在发现那些能够在使更多的权利主张或要求得到满足的同时牺牲更少权利主张或要求的手段。所有这些活动综合在一起便构成了法律秩序。法律秩序乃是社会控制过程的一个方面；而社会过程的上述活动就是在法律的支持下展开的。法律不只是一种规则，它还有使行为规则和审判规则得以适用、发展和变得有效的法律学说、职业思想模式和职业裁决技术。它与工程师所适用的公式一样，它们代表了经验、科学对这种经验的阐释的逻辑发展，也代表了人们在运用一种表达的手段认识新方法并系统阐释它们的要求的过程所具有的创造性的技术。[注]因而，庞德确认，法律的功能是在于纠正各方面的人群关系，而一切人群关系又错综百出。[注]因此，法律"与其称为一部规则，毋宁称为一部规则及原理。"[注]

可见，庞德用控制论和系统论的思想，来解释法律的功能。这是庞德学说的一个最显著的特色。他把法律的功能及目的划定在承认、确定、实现和保障各种利益，这些利益包括个人利益、公共利益和社会利益三大类。个人利益又分为人格利益、家庭关系利益和物质利益三类；公共利益分为国家作为法人的利益和国家作为社会利益捍卫者

的利益；社会利益分为一般安全利益、社会组织安全的利益、一般道德的利益、保护社会资源的利益、一般进步的利益和个人生活方面的利益六类。

（二）保障自然权利说

庞德在提出关于法律的功能及目的的社会控制工程说的同时，他还提出了法律的目的在于保障人的自然权利的观点。他认为，自19世纪以来，每个人都成为了独立存在的人，每个人都是一个在经济上、政治上、道德上从而在法律自足的单位（个体），他要自由竞争来为自己寻求在社会中的位置。而这些单位（个体）的主要特征是他们的各种自然权利，即他们赖以享有这些某些东西或自由地做某些事情的那些品质。因此，“法律的目的是保障这些自然权利，最充分地和最自由地放任这些单位去进行竞争性的占有活动，并以最低限度的干涉来管理这种竞争”注。

庞德的这一观点，实质上是对于自19世纪以来，对于人的独立身份和地位的逐步确立，以及人的自然权利观念的逐步增强的这样一种现实情况和理论的回顾与总结，及其在法律理念和思想上之反映，也是20世纪以来人权理念逐渐被世界所重视并日益深入人心的理论基础和前提。

（三）协调社会利益说

19世纪下半叶和20世纪上半叶与庞德同时代的美国著名法官、法学家本杰明·内森·卡多佐（Benjamin N. Cardozo，1870—1938年）认为，法律的目的主要在于协调、平衡、实现社会利益。这也就构成了司法的价值取向——社会正义。他认为，社会正义是当时所有力量中最大的力量。注

（四）维护社会秩序说

20世纪美国著名的法人类学家埃德蒙·霍贝尔（Adamson Hoebl，1906—1993年）认为：法执行着维护最简单的社会之外的所有社会秩序的基本功能。该功能具体体现在以下四个方面：(注)

第一，它确定社会成员之间的关系，明确其活动的合理界限，以便于维护社会内个人和集团的活动之间的统一。

第二，它规定了为了维持社会秩序而使用强力的机关和办法，防止权力的被滥用，以达到法律服务于社会的目的。

第三，处理疑难案件和清除社会的渣滓，以便于使得社会处于正常的状态之下，使社会日益建立起良好的正常关系。

第四，促进和维护新秩序的建立。这一功能表现在新旧社会交替之际，而法律则代表社会以将来的眼光来处理急迫的案件，从而使问题迅速而有效地得以解决，是社会的基本价值通过法律得以实现而免遭被毁灭，以便能够保持法律的韧性，以免其失去其约束力。

（五）划定私域说

哈耶克认为，法律所提供的只是一些人们依据它们就可能从特定的事实中确认出某些特定的东西究竟属于何人的规则。而法律所关注的并不是特定的东西归属于哪个特定的人，而是使人们有可能确认出由个人在法律规则划定的限度内的行为所决定的那些边界，其目的是为了通过划定大边界而尽可能地防止不同个人间的行为发生互相干涉或干扰，但是，法律仅凭自己的力量并不能够确定、也不可能关注不同的个人所得到的结果究竟如何。(注)

可见，哈耶克所认识到的法律的功能是使社会形成秩序，因为法律能划定个人活动的范围，即私域，其目的是为了防止人与人彼此间的侵扰，从而使人类社会更加的稳定与有秩序，也使人类在社会中获得最大限度的自由。

（六）利弊兼备说

博登海默认为法律对于人类社会的功能和作用是利弊兼备的。他认为，法律对于人类的利表现在三个方面：

其一，人类创造力的开发。他认为，在这方面法律有以下功能：[注]

（1）法律为个人创设并维持了一个安全的、能够保证其基本的生活条件方面的环境和范围。

（2）法律保护其国家成员的生命、肢体完整、财产交易、家庭关系、甚至生计与健康。

（3）法律使人们无需为防止对他们的隐私的侵犯而建立私人制度。

（4）法律通过创设有利于发展人的智力和精神力量的有序条件而促使人格的发展和成熟。

（5）法律对企图追求统治他人专制权力的人加以约束，防止他们进行对于社会和人身侵犯的冒险活动。

（6）法律能够帮助人们集中精力去构建较高的文明。

（7）法律是人类构建有关政治、经济、文化等方面的制度框架，促进潜存于社会成员中的富有创造力和生命力，建设更加文明社会的过程中的不可缺少的工具。

其二，促进和平。博登海默认为，不论在国际舞台还是国内事务中，法律的目的就是要起到一种制度性手段的作用，即用人际关系的和平方式去替代侵略力量。昔日的人类发展史表明，迄今为止，法律在遏制有组织的群体内部斗争方面要比其在控制这种群体之间的战争方面更为有效。[注]而且，在人类建设有序与和平的国家中，法律一直起着关键性的和最主要的作用。法律是社会中合理分配权力、限制权

力的一种工具。而在此问题，国内法和国际法各自起着不同的功能和作用。国内法力图保护群体内部的和谐和合作，而国际法则力图在跨国或全世界的范围内实现和谐与合作。国际法制定了促进国家政治和经济交往的规则与程序、调解国家间争端和平息国家间不满的范围与程序，以及保护暂被他国统治下的原来本国国民的规范与程序。[注]

其三，调整各类利益冲突。

博登海默认为，法律的主要作用之一就是调整和调和人与人及国家与国家之间互相冲突的利益，因为，法律能够提供一种评价各种利益重要性的标准，划定其合理范围，从而使人们明确什么样的利益值得保护，对于利益予以保护的范围和限制。[注]

博登海默又指出了法律的三个弊端，即：法律的保守性、法律形式的僵硬性和法律是社会控制功能的局限性。进而他又提出了克服这些弊端的途径，即必须解决法的稳定性和变动性的这一对矛盾，要使法律既具有稳定性又具有灵活性。他认为，一个完全不具备稳定性的法律制度，只能是一组为了对付一时不变而制定的特定措施，它会缺乏一致性与连续性；如果仅仅强调稳定性与确定性，就不足以为我们提供一个行之有效的、富有生命力的法律制度。法律也必须服从发展所提出的正当要求。一个法律制度如果跟不上时代的需要，而且死死抱住陈腐的观念不放，是没有什么可取之处的。在一个变幻不定的世界中，如果把法律仅仅视为一种永恒的工具，那么它就不可能有效地发挥其作用。因而，我们必须在运动与静止、保守与变革、经久不变与变化无常这些相互矛盾的力量之间谋求某种和谐。作为粘合松散的社会结构的力量，法律必须巧妙地将过去、现在与未来紧密结合起来，在其间寻求一种平衡。[注]而要达到这个目标，就必须通过立法和司法活动建立一个衡平法律制度对法律制度进行补充或修正。[注]这就必须在司法于立法之间划一个明确的界限，必须正确地理解法官的立法性质，但是，在此法官的立法则必须依赖于外界的帮助，法官本人

不能拆毁法律大厦或该大厦的实质部分，也不能用新的部分代替法律大厦的核心和实质的部分。注

可见，博登海默在此已经为我们指明了在当代社会中法律的利与弊，同时，也为我们指出了解决法的稳定性与变动性的这对矛盾的方法与原则。这些理论和观点，应当引起当今统治者和立法者的高度重视。

（七）规范功能与社会功能说

当代英国二战后新分析实证主义法学代表人物之一的约瑟夫·拉兹（Joseph Raz，1939—）将法律的功能分为规范功能和社会功能。拉兹认为，每一法律规范必然具有规范功能，通常都有社会功能。法律的规范功能来源于其规范性，其基本的表现就是对于人们行为的指引功能。它是人们作或不作一定行为的根据，是评价人们行为合法性的公共标准与尺度。法律的规范功能是实现其社会作用的手段。法律的指引功能包含确定性指引和不确定性指引两种形式。前者是通过设定义务规范予以实现，其目的是促使人们不要违反法律规定；后者是通过法律授予权利规范予以实现，其目的是鼓励人们作某种行为。法律的社会功能起因于其产生社会影响的能力。拉兹把法律的社会功能分为直接功能和间接功能，直接功能是由法律的遵守和适用所确保完成的功能，间接功能则体现在人们行为的态度、情感、意见和风尚之中，它并非法律的遵守或法律的适用本身，而是法律试图获得的结果。直接功能又分为主要功能和次要功能，前者是法律存在的原因和理由，后者则规定法律制度存在于运作的机制。而次要功能的目的则在于协助法律实现其主要的功能。法律的主要功能包括：防止不可欲的行为和保障可欲的行为；为私人生活计划提供便利；提供服务和福利分配；解决争端。

拉兹对于法律的功能的研究，对中国法理学产生了广泛而深刻的影响。中国的法律和法学界对于法的功能及法的基本观念的理解，都

直接地受到了拉兹的现代分析法学的影响。

四、法的价值

（一）三位一体说

拉德布鲁赫认为法律所追求的不是一种价值，而是三种价值，即公正、公共利益和秩序，与此相对应的法律具有正义性、合目的性和安定性三种属性，而法就是由正义、法的安定性和合目的性的三位一体。㊟他认为，正义是法的根本属性和追求的最终价值，是法的理念，而法是一种为正义服务的制度和规定，只有那些旨在最低限度地为正义服务的东西才是法。㊟

拉德布鲁赫认为，法律的三个价值目标和属性是互相依赖、缺一不可的，它们共同宰制着法，而且处于生动的紧张关系之中。它们三个的排列顺序是秩序第一，正义次之，公共利益第三，但在特殊情况下则要突出正义。因为，正义优先于合目的性，而法的安定性也优先于合目的性。㊟

（二）实现正义及利益之工具说

庞德认为，法律是一个司直的工具，因之，法学尽可看作直道的科学。㊟法律的终局是在于司理直道。㊟但他把正义理解为所在社会所能企求的和谐的人际关系。他说："司法的实际目的是在于调节人与人之间相互关系，及人与社会或国家相互关系，庶几彼此不至互相轧轹，而得社会道德心之所赞同。故法律之用心，实欲尽其力之所能达到，与社会程度之所企及，以实现理想的直道。"㊟可见，庞德把实现正义作为法律的重要价值之一。

庞德认为，法律除了具有实现正义的价值之外，法律的另一个重要的价值表现是法律能够正确地划定引起矛盾和冲突的各种利益的合理界限，协调它们之间的关系，解决它们之间的冲突。而人们之间冲突的根本性原因或者内容就是利益的冲突。他认为，利益就是个人的欲望。他把利益划分个人利益、公共利益和社会利益三大类，而判断一部法律好坏的根本性标志，就是看其能否迅速地确定所在社会的各种利益，明确这些利益的范围，划定其合理界限及其在社会中的位置，协调各种利益之间的关系，防止和减少矛盾冲突，促进社会的发展。这就要求法律必须明确其价值取向——用什么标准（价值尺度）来衡量社会上各种利益的地位和顺序。而估计和评价不同的主张和要求，一定要在同一平面上进行比较。但是，由于不同的时代有关衡量各种利益的尺度也不相同。实际上，自古至今并没有一种能够为每个人都能接受并遵守的价值准则。而要获得这种价值准则，主要有三种方法，即经验的方法、理性的方法和权威性的观念的方法。

经验的方法是指“从经验中去寻找某种能在丝毫无损于整个利益方案的条件下使各种冲突的和重叠的利益得到调整，并同时给予这种经验以合理发展的方法。这样，尺度就成为一个能在最小阻碍和浪费的条件下调整关系和安排行为的实际东西。”[注]这个尺度就是法律价值的准则。

理性的方法就是“依照一定时间和地点的文明的法律假说来进行评价。当新提出的主张要求得到承认时，就用这些假说来加以衡量。当它们被承认后，就用这个尺度来调整它们和其他被承认的利益间的关系。当它们与其他利益的关系被划定界限时，用来保障这些利益的手段也是用同一尺度来确定的。”[注]那么这些假设有哪些呢？庞德为我们提出了五个假设：（1）其他人不会故意对他们进行侵犯；（2）为了享受各自的利益，人们可以控制他们所发现和占用的东西、劳动成果和所获得的东西；（3）与他们进行一般社会交往的人将会善意地行为，并履行承诺，按照社会道德感所给予的期待实现他们的约定，将

不应收受的东西以原物或其等值物归还；（4）那些采取某种行为的人将在行动中以应有的注意不给其他人造成不合理损害的危险；（5）那些持有可能约束不住或可能逸出而造成损害的东西的人，将它们加以约束或把它们置于适当的范围内。[注]

权威的方法就是以某一权威（法学家）所构思的理想社会秩序的图画为依据来确立衡量法律和秩序的标准，这个标准就是“关于法律秩序的一种公认的、传统的权威性观念，以及公元法律制度和法律学说应当是怎样的东西，把它们适用于争端时应当取得什么样的后果等公认传统性权威观念”。[注]

庞德认为，在这三种方法中，最具效果的是第一种经验的方法，因为，“法律秩序不能停顿下来，直到社会秩序在一定期间已在一种稳定的条件下安定下来，在这种条件下，它的法律假设才能被承认和被制定出来，从这些假设中推论出来的原则才能被公认为决定争端的权威性指示”。因此，只有这种“通过经验来发现并通过理性来调整关系和安排行为的各种方式”，才能“使其在最少的阻碍和浪费的情况下给予整个利益以最大的效果”。[注]

五、法的分类

（一）自然法与制定法说

霍布斯根据法律的形式把法律分为自然法和制定法。他认为，自然法是理性的命令，它源于自然和人的本性，永恒不变，是关于正义、公平与慈爱等道德规则；制定法则是根据具有主权管辖他人的人的意志制定的法。制定法又分为人定法和神定法。人定法还可分为分配法和刑律。前者是指决定全体臣民权利的法律，它是每一个人取得与保有土地或财物的财产权以及行动的权利和自由的根据，其是对臣民讲的；而刑律则是对违法者应施加何种刑罚的法律，其事对大臣和

官员提出的。[注]神定法是通过上帝授权宣布的人向某一个民族或某一些人宣布的法律。[注]

（二）基本法与非基本法说

霍布斯还将人定法分为基本法与非基本法。所谓基本法“就是取消了以后，国家将像屋基被毁的房屋一样，无法成立并彻底解体的法律”；而“非基本法则废除之后不会使国家解体的法律”。[注]霍布斯所讲的基本法，近似于现代国家的宪法制度；非基本法是除了基本法以外的其他法律，包括实体法和程序法。霍布斯对于法律的这一划分理论，实际上已经成为近代以来的民族国家法律体系构建的理论基础的雏形。

（三）应然法与实在法说

康德在法学史上第一次从应然的角度理解自然法，把法律分为应然法和实然法（实在法）两类。应然法只是法律的抽象的理性本质，是法的原理；实然法即实际中存在的法律。他虽然承认自然法的存在，但他的观点又不同于自然学派的法学家，不承认自然法高于实在法，自然法也不是实在法的基础。看到康德又把实在法分为公法和私法。公法指“包括那些需要公布的，为了形成一个法律状态社会的全部法律”。[注]包括国家法、民族法、国际法和世界法等。私法是关于财产权和婚姻的法律。

（四）自然法与实定法说

黑格尔把法分为自然法和实定法，并用“法”和“法律”二词予以区别。所谓自然法，即应然法或法的原理，是哲学上的法；实在法即实际上存在的法，它包括习惯法、判例法、引证法、制定法。[注]二者的关系“正同于《法学阶梯》跟《学说汇纂》的关系”。[注]

可见，西方法律思想家们始终把自然法作为法律的一个基本的类型，如果说有所区别的话，那仅仅是对于自然法与实在法的关系及其地位的不同理解，但大部分都认为自然法高于实在法，自然法是实在法的基础。这种理论和观念，直接造就了在西方世界中，始终将理性、合乎自然和人的本性，以及正义、公平、公正、平等、自由等哲学和政治理念运用到法治实践之中，这是西方社会存在和发展的基础，也是西方世界法治发展的基础。而我认为，法的自然属性和法要合乎人的本性的法治原则，恰恰是东方世界自古以来所缺乏的。而这种理念对于构建法治社会和和谐社会具有不可或缺的积极意义。不承认法所固有的合乎自然和人的本性的理念，要想构建一个和谐、完美的法治社会几乎是不可能的。因为，在一个充满着无限的欲望而又缺乏遏制这种欲望的有效制度和精神支柱的社会里，所能够寄生出来的只有对于财富和权力的崇拜甚至膜拜，而这样的社会是一个完全没有任何希望的社会。任何一个健康的社会，都不能没有精神寄托和敬畏，即使没有也必须设法创造出来。因为，一个没有任何禁忌和敬畏感的社会是危险的，这个社会里的人民会成为为了实现或者达到个人之目的而不惜任何手段的恶魔，因为，除了所谓的存在于人间的实在法之外，任何东西和事物都无法让那些利欲熏心者停止罪恶的脚步，而贪欲和趋利乃人之天然本性。正如孟德斯鸠所说：“自古以来的经验表明，所有拥有权力的人，都倾向于滥用权力，而且不用到极限决不罢休。谁能想到，美德本身也需要极限！”[注]如果要维持社会的稳定和和谐，仅用实在法是无法遏制这种贪欲和趋利的本性的无限膨胀的趋势的，精神世界里的东西所能够起到的遏制人的恶性的作用，却往往是物质和现实世界所无法比拟的。我认为，在创造人类所享用的财富的同时，并没有放弃或者忽略对人的精神世界的引导和疏导，这是西方社会目前相对稳定和和谐的重要因素。因为，他们并没有因为物质生活的丰富而忘却了对于人的精神世界的疏导和将其向善的方向的引导与影响。

六、法治的概念

（一）法治理论的提出

最早提出法治理论的当属古希腊思想家柏拉图。柏拉图在《政治家篇》中就提出了以良法约束政府（政体）的思想。他把一人专政、少数人统治、多数人统治这三种政府都以是否“依法而治”为标准而分成了六种类型：注

1.一人专制政府，包括君主制和暴君制；

2.少数人统治的政府，包括一个好名声的贵族政府和寡头政府；

3.多数人统治的政府，包括按照法律统治的政府和不按照法律统治的政府。

他把第七种政府，即由哲学家来统治的贤人政府，定为完美的政体。但是，他自己已经放弃了这一念头，而去寻找那些实际上可能存在的政府形式，而唯一区分它们好与坏的标准就是——是否按照法律来统治。即使是一人专政的政府，如果它能够根据好的成文法来统治，就是六种政府形式中最好的；可是如果它不根据法律来统治，那就是最无情的，对它的国民的压迫也是最厉害的。注

柏拉图进一步阐述他所希望的理想社会：只有那些最能遵守法律的人，才能在权力冲突的考验中获得最高的荣誉，这种人应该被任命为最高的官职和首席执行官，比他次一等的人，获得次一等的荣誉；所有其他的官职也按照同样的标准任命。依此安排，这些官吏就是法律的仆人或法律的执行官，因为，官吏是否具有遵守法律的品德，才是决定国家兴衰的因素。同时，他也警告统治者：如果一个国家的法律处于从属地位，没有权威，这个国家一定要覆灭；然而，一个国家的法律如果在官吏之上，而这些官吏服从法律，这个国家就会获得诸神的保佑和赐福。注柏拉图在此也提出了法律的目的问题——法律的

基本意图是让公民尽可能的幸福，并在彼此友好的关系中最高度地结合在一起。因此，他明确地指出：人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活就像最野蛮的兽类一样。因为，人类的本性将永远倾向于贪婪与自私，逃避痛苦，追求快乐而无任何理性，人们会先考虑这些，然后才考虑到公正和善德。这样，人们的心灵是一片黑暗，他们的所作所为，最后使得他们本人和整个国家充满了罪行。而要改变这一状况，应当依靠人的理性和神的恩惠的阳光来指导人们的行动，而用不着法律来支配他们的行动，因为，没有任何法律或秩序能比知识更有力量，理性是不应该受任何东西束缚的，它应该是万事的主宰。但是，在现实中找不到这样的人，即使有也非常之少，所以，就必须作第二种最佳的选择，这就是法律和秩序。(注)在这里，柏拉图实际上已经向我们讲明了国家需要依法治理的理由。

柏拉图还颇具匠心地提出了在法治政体中，要使公民既不极端贫困，也不极端富有，因为这两者都会产生邪恶。统治者应当决定贫与富的财产的界限，让最贫穷的人也有通过抽签担任公职的资格。他认为，抽签的办法应当保留。(注)但是，柏拉图坚持认为，以法律治国的国家，比贤人政治要次一等，他把以法律治国的国家称为“第二种最佳的国家”。(注)

（二）法治的概念综述

在古希腊法治思想中，对于法治思想表述最完整的要数亚里士多德。他的法治论实际上就是后世依法治国理论的依据。他第一个为法治下了定义：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订良好的法律。”(注)接着他讨论了是“由最好的一人或由最好的法律统治哪一方面较为有利？”他认为，法律是理性的，全没有情绪的影响，而人的本性使得都难免有感情，有感情在执政时就难免有偏向，所以，相比之下还是法律之治更可靠一些；而法治又是众人之治，因为，“以一人高高凌驾于全邦人民

之上是不合乎自然的［也是不相宜的］”，[注]所以，“法治应当优于一人之治”，[注]“法律是最优良的统治者”。[注]但是，“邦国虽有良法，要是人民不能全都遵循，仍然不能实现法治”。[注]

亚里士多德是明确提出法治定义和“法治优于人治”以及“人民应当守法”理念的第一人。

在亚里士多德之后的两千多年的历史长河中，历代的思想家们都试图给法治这个词下一个定义。我认为，在这些定义中，最具有特色且为人们所普遍接受的要数菲尼斯、哈耶克和拉兹三人，尤其是前二者。

当代英国牛津大学的法理学讲席教授菲尼斯（John Finnis，1940—）认为，良好状态的法律就是法治。他说，合法、完备的法律体系就是法治（the rule of law）；法治是法律体系的具体优点，其包含有8个特征：（1）法律规则应当是可预见的、不溯及既往的；（2）法律规则应是可遵守的；（3）法律规则应是已公布的；（4）法律规则应是明确的；（5）法律规则之间应是互相一致的；（6）法律规则应是稳定的；（7）适用于有些情况下的命令应是在已经公布的、明确的、稳定的和比较一般的规则的指导下制定的；（8）制定、执行和适用规则的人，自己应当遵守规则，并要真正一贯地符合法律精神的秩序法律。[注]

哈耶克追溯了法治一词的产生和发展过程，指出，英国人在16世纪末从意大利直接引入了这个词，原意是“法律平等适用于各种人等”，后来英国学者用英语解释为“法律对所有人平等适用以及行政官员也负有重任的状况”，后来又发展引申为“法律面前人人平等”、“法律之治”或“法治”。但是，哈耶克对于法治的理解有前期和后期的变化。前期他认为，法治就是指政府在一切行动中都要受到事前规定并宣布的规则的约束。这种规则使得一个人有可能预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，并根据对此的了解计划他自己的个人事务。法治的基本观点是，留给执掌强制权力的执行情况机构的行动

自由，应当减少到最低的程度。虽然法律在一定程度上限制了个人的自由，但是，在法治之下，却防止了政府采取特别的行动来破坏个人的努力。注可见，法治含有限制立法范围的意思，其“意思不是指每件事都由法律规定，而是指政府的强制力只能在事先由法律规定的那些情况下，并按照预先知道的方式被行使”。注可见，哈耶克前期对于法治的理解是：法治就是对于政府强制力行为的约束和限制机制。这一思想包含有以下几层含义：其一，由于法治意味着政府除非实行众所周知的规则以外不得对个人实施强制，所以它构成了对政府的一切权力（包括立法机构权力）的限制；其二，法治是一种原则，它关注法律应当是什么，即法律所应当拥有的一般属性；其三，法治完全以形式合法为前提；其四，如果一项法律赋予了政府以按其意义行事的无限权力，那么，政府的所有行为在虽然在形式上是合法的，但是，这一定不是法治原则下的合法；其五，法治的含义不仅止于宪法，它还要求所有的法律符合一定的原则；其六，法治本身是一种绝对不同于立法者所制定的法律意义上的法；其七，法治不是一种仅仅关注法律是是什么的规则，而是一种关注法律应当是什么的规则，即一种超法律原则或一种政治理想；其八，法治只有在立法者认为其权力受到约束的时候，才能有效；其九，法治只有已经构成了一个社会共同体的道德传统的一部分，亦即已经为多数民众所信奉且毫无疑问地接受的共同理想的时候，否则它就不会普遍有效。注

哈耶克后期对于法治的理解已经不再是成文法，而是普通法治观。注

拉兹认为，法治是一种理念——法律应当遵守的一种标准，但是，法律可能（并且有时）的确彻底而系统地违背这一标准。注拉兹把法治界定为一种法律一遵守的标准，是一种理念。他把法治看做是法律的更高的一个层面，是一种衡量和评价法律的标准。

---

1. 【荷】斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第212页。

2. 【荷】斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第82页。

3. 【荷】斯宾诺莎：《伦理学》，贺麟译，商务印书馆1991年版，第200页。

4. 【德】康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆1996年版，第8页。

5. 【德】萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第11页。

6. 【英】梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，2011年10月北京第8次印刷，第3—4页。

7. 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，2011年10月北京第8次印刷，第112页。

8. 梁慧星主编：《为权利而斗争》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司2000年版，第1页。

9. 梁慧星主编：《为权利而斗争》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司2000年版，第2页。

10. 梁慧星主编：《为权利而斗争》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司2000年版，第8页。

11. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第224页。

12. 【荷】格老秀斯：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社2005年版，第31页。

13. 这里的民法应为市民法，因为，民法一词直至18世纪末之前尚未出现过。

14. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第139页。

15. 【荷】斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第65页。

16. 【英】洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1996年版，第77—78页。

17. 【英】洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1996年版，第77页。

18. 【英】洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1996年版，第54页。

19. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第9页。

20. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第15页。

21. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第399页。

22. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第400页。

23. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第416页。

24. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第419页。

25. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第47—48页。

26. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第36页。

27. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第10页。

28. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第31页。

29. 【德】黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第333页。

30. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第220页。

31. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第205—206页。

32. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第209—210页。

33. 【英】边沁：《论一般法律》，毛国权译，上海三联书店2008年版，第1页。

34. 约翰·奥斯丁：《法理学演讲》，John Murray，1911，p89.

35. lbid.，p91.

36. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第25—26页。

37. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第22页。

38. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第24页。

39. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第27页。

40. 【德】马克斯·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆1998年版，第347页。

41. 【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第3页。

42. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第24页。

43. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第25页。

44. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第25—29页。

45. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第700页。

46. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第701页。

47. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第124页。

48. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第169页。

49. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第35页。

50. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第124页。

51. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第227页。

52. 【英】哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第210页。

53. 【英】哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第189页。

54. 【美】庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第231—232页。

55. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第698页。

56. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第699页。

57. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第78页。

58. 【美】本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第39页。

59. 参见【美】霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社1992年版，第244—251页。

60. 参见【英】哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第169—171页。

61. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第377—378页。
62. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第378页。
63. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第379页。
64. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第383页。
65. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第311页。
66. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第314页。
67. 【美】博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第544页。
68. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第263页。
69. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第4—5页。
70. 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第17—18页。
71. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第693页。
72. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第695页。
73. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第696页。
74. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第66页。
75. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第68页。
76. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第68—69页。

77. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第71页。
78. 【美】罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，楼邦彦校，商务印书馆2010年版，第80页。
79. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第221页。
80. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第222页。
81. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第224—225页。
82. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第417页。
83. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第218—220页。
84. 【德】黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆1979年版，第5页。
85. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第185页。
86. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第18—19页。
87. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第19页。
88. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第24—25页。
89. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第27页。
90. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第25页。
91. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第25页。
92. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，1965年版，2013年北京第14次印刷，第202页。
93. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，1965年版，2013年北京第14次印刷，第170页。
94. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，1965年版，2013年北京第14次印刷，第171页。

95. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，1965年版，2013年北京第14次印刷，第174页。
96. 【古希腊】亚里士多德：《政治学》，1965年版，2013年北京第14次印刷，第202页。
97. 【英】菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社2005年版，第十章第四节。
98. 参见【英】哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学院出版社1997年版，第73—74页。
99. 参见【英】哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学院出版社1997年版，第83页。
100. 【英】哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店1997年版，第260—261页。
101. 关于哈耶克后期法治观，可以参阅邓正来：“社会秩序规则二元观——哈耶克法律理论研究”，载《北大法律评论》第2卷第2辑。
102. 【英】约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社2005年版，第194页。

第三节
法与其他社会现象的联系

一、法与人权

（一）人权观念之溯源

若欲追求人权观念的鼻祖或者源流，我认为必须将思路回到距今2300年前的古希腊时代所产生的斯多葛学派所创设的人类最早出现的自然法思想之中。斯多葛学派论证了自然有三个特点四个层面。㊟其特点为：

1.理性

他们认为，理性贯通和支配着自然，人是自然的一部分，人按照自然生活就是按照理性生活，也就是按照神性生活，因为，自然和神是同质料结合的理性。

2.运动性

他们认为，自然是一个有理性和生命的活物，是一种自我运动的力量，它使造物和其创生者保持一致。

3.整体性和连续性

他们认为，人和动植物都是自然整体的一部分，他们互不分离且不可孤立存在。

自然的四个层次依照自然理性分为：依靠外力推动的无机物；有自己生长能力的植物；有灵魂和行为驱动力的动物；有理性能力的

人。前三者只能服从于自然，后者因其有理性，在服从自然的同时，还有支配自己行动的自由。

在这四个层面中，人高于动物，但在人之上还有神，因此，动物和神从山下两端限定了人性，而人性的本质是：人具有与动物一样自我保存、趋利避害的自然本性，具有一切生命必备的生存与生活的意识和前提，因此，自保、自爱、自利乃是人与生俱来的自然权利；而人又是神的儿子，神把理性赋予了人，而没有赋予其他造物，这就使人能够超越动物而获得独立、自由、平等、正义等人所特有的与生俱来的理念，因而，人从出生那天起就自然而然地获得了同神性自然一样的追求人格尊贵和高尚神圣的自然权利观的理性思维。这种自然权利观念，就是我们今天所说的人权观念。这也是人权观念的源起及产生之依据。人权既非人后天知觉的产物，更非他人恩赐之产物，乃人性之使然，其完全不依赖于除了人性本身之外的任何外在事物之给予和恩典。可见，人性之本身乃天赋人权理念之来源。

（二）天赋人权与人权观念

以人文主义和人道主义为基础与特点的、产生于17世纪、以格老秀斯的《战争与和平法》的发表为标志的古典自然法学派，开始用人的眼光来观察政治法律问题。该学派以个人为核心的，它强调个人的权利和自由，主张人人生而平等，享有不可剥夺的自然权利，认为国家和法律是通过社会契约而产生的。其基本特点是：以人作为研究的出发点；强调个人的权利；把自然法思想与社会契约结合起来。而这其中的对于个人权利的强调的结果是提出了“三个自然”的理论，即三个假说。这“三个自然”即自然状态、自然权利和自然法。而其中的自然权利又叫天赋人权，它所强调的是人生而就具有的平等的权利，它是与社会权利或法律权利相对而言的。其基本内容就是指人的自由、平等、安全、财产等权利。因此，这一理论从其产生之日起就具有强烈的革命性，资产阶级革命者用此理论作为反对以人的身份、地位为

标准来判定一个人的价值、把人不当人的封建社会的武器。结果是他们成功了。我认为，从根本上说，他们的成功是因为当时的资产阶级革命者们所利用和提出的理论思想和革命口号，符合人的天然本性，也就是说它符合当时人们对于现实的不满和对于未来美好理想的追求的精神和现实的需要。这种以自然状态和自然权利为基础的天赋人权思想的一个最大的亮点就是，它们已经不再从神、上帝那里去寻找人自然法的最终根源，而是从人的本身和人的与生俱有的本性中来寻找自然法的最终根源，这也是古典自然法学家们对于自然法的本质、特点和具体内容的新的论述和发展。他们认为，人的理性是自然法的基础，自然法是人的理性的本身。正是从这一基点出发，他们提出了社会契约论、人民主权说、分权和制衡理论、法律公意说以及依法治国等符合人类发展趋势和未来的人类基本的政治和法律理论思想体系。

（三）人权思想的提出

但是，人权思想的正式提出，则要归功于18世纪末发生在北美殖民地的那一场美国的独立战争时期所涌现出来的想想家和革命的实践家。因为，任何一种理论只有在实践中才能产生和发展，无论其多么先进，如果没有经过实践的洗礼和验证，它也不可能成为人们公认的理论，也不可能显示其力量。人权思想既是美国独立战争时期那些自然法学信徒的思想家对于他们前辈所提出和推崇的自然法思想的继承和发展的结果，也是北美殖民地人民反对英国殖民统治的主要的思想武器。他们把洛克、孟德斯鸠、卢梭等古典自然法学家的有关思想运用于争取独立的斗争中，并结合现实的需要而予以发展。他们的人权思想的主要核心就是人生而平等，享有平等的天赋权利。

托马斯·潘恩（Thomas Paine，1737—1809年）说："任何一部创世史，任何一种传统的记述，无论来自有文字记载的世界或无文字记载的世界，不管它们对于某些特定事物的见解或信仰如何不同，但在确认人类的一致性这一点上则是一致的；我的意思是说，所有的人都处

于同一地位，因此，所有的人生来就是平等的，并具有平等的天赋人权，恰象后代始终是造物主创造出来而不是当代生殖出来，……他在世界上的天赋权利也是完全一样的。”他进而指出：“天赋权利就是人在生存方面所具有的权利，其中包括所有智能上的权利，或是思想上的权利，还包括所有那些不妨害别人的天赋权利而为个人自己谋求安乐的权利。公民权利就是人作为社会一分子所具有的权利。每一种公民权利都以个人原有的天赋权利为基础，但要享受这种权利光靠个人的能力无论如何是不够的。所有这一类权利都是与安全和保护有关的权利。”[注]他把信教的权利也列为天赋权利之内。他得出的结论是：每种公民权利都来自一种天赋权利，这种权利是由一种天赋权利换取的；公民权利是由人的各种天赋权利集合而成的；由各种天赋权利集合而成的权力不能用以侵犯由个人保留的那些天赋权利，个人既充分具有这些天赋权利，又有充分行使这种权利的权力。[注]杰佛逊在《独立宣言》中也写道：“人生而平等，他们都从他们造物主那里被赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”除了上述的三项权利外，他还把劳动成果享有权、个人才能发挥权、反抗压迫权和选择职业权等列入了人权的范畴之内。这是北美殖民地人民反抗英国殖民统治的斗争的最基本的依据。其他一切依据和理论均是该理论的衍生和发展。

正是根据天赋人权思想，美国的建国之父们进一步提出：一切社会权利和权力均来源和服务于天赋人权，人们参加社会和建立政府的目的是为了更好地享受和保护人权，因为只有法律才能够确认和保护人权，所以，应当用法律形式保障人权，如果政府不尊重甚至侵犯人民的正当权利，人民就有权推翻它并建立起新的政府。他们给这种权力起了一个名字——革命权。所以，杰斐逊说：“自由之树必须时常用爱国者和暴君的血灌溉。这正如暴风雨深刻自然界所必需的一样，革命是政治世界所不可少的。”[注]在这一理论的指引和影响下，美国的建国之父们明确指出，英国殖民者在北美的统治，就是一部怙恶不悛、倒行逆施的历史，并且列出了英国殖民者的25条罪状，最后得出

结论：人民有权利也有义务来推翻这样的政府。他们甚至以人权理论为依据而否定了英王在英国统治的合法性，从而证明了北美人民起来革命反抗英国殖民统治的正义性。这也就是美国至今没有出台禁止私人保有武器的理论上的依据。因为，既然人民有权利推翻施行暴政的政府，那么，人民自然就要拥有保有武器的权利，否则，人民就无法实现天赋权利。正如杰斐逊所说是那样："我希望并且坚决相信，整个世界迟早会从我们所主张的人权问题上感到好处。"[注]历史也恰好证明了他的这个预言。历史事实证明，人权理论不仅直接激励和指引了18和19世纪掀起的那场遍及世界的反抗封建专制制度的革命运动，更加改变和影响了二战之后直至今天世界的政治格局和发展方向。人权理论在人类历史发展过程中的伟大作用不容忽略。直至今日，天赋人权思想仍然是支撑西方世界的思想和精神支柱。而天赋人权的思想则又是直接来源于自然法思想。

（四）人权理论的新发展

进入20世纪，特别是经历过二战的血与火的洗礼之后的人类，对于人权理论予以了充分的研究和发展，我认为，在汗牛充栋的关于人权的著作中，由法国哲学家雅克·马里旦（Jacques Maritain，1882—1973年）撰写的《人权和自然法》及《人和国家》两本书是其中最具特色且最具有划时代意义的著作。马里旦在这两本书中所提出的"人权的哲学基础是自然法"以及他对于人权的划分等理论思想乃我们现在研究人权理论时必须认真研读的关于人权的基本理论。

马里旦认为，就人权而论，对一个哲学家关系最大的事情就是人权的理性基础问题；而人权的真正哲学则是以自然法观念为基础的。那个规定我们的最基本的义务并从而使每项法律具有约束力的同一自然法，就是指我们的基本权利指定给我们的那个法律。[注]人对生存、人身自由以及追求道德生活的完善的权利，严格地说，属于自然法。[注]他指出，自然法是维系人类社会数千年的正义观念，他批判了古典

自然法学派的理论，认为他们歪曲了自然法的真义。自然法是由上帝默许的、不成文的、永恒不变的法律。自然法的永恒来源于它的“本体论的要素”和“认识论的要素”这两个基本因素。因此，自然法是处理必然地同“行善避恶”这一原则相联系的权利和义务的准则，它是所有法律的精髓，实在法、国际法都低于自然法，因为，自然法是一种无限的定则，一切法的内容最终源出于自然法。很明显，在这里他把人权产生的根源归结为自然法的要求，又用自然法的神圣性和其所处的最高的地位，来证明人权的神圣性和不可动摇性。他强调，人权是同人的尊严与人的价值联系在一起的，而人的尊严与价值只能在自然法中得到解释，而自然法是神的永恒法所建立的秩序；而法律则必须是一种理性的秩序，自然法，或依靠由倾向获得的知识而知道人性发生作用的常态，之所以是对良知具有约束力的法律，仅仅因为本性和本性的倾向表明了一种理性的秩序，即神圣理性的秩序。自然法之所以是法律，仅仅因为它是对永恒法的一种参预。㊟

我认为，马里旦对于人权理论的伟大的贡献，除了证明了人权的神圣性之外，还在于他对人权作了多种划分。首先，他把人权划分为绝对不能转让和基本不能转让，前者如生存权、追求幸福的权利，它们都不受政治体的限制；后者如集会结社自由、言论自由等。其次，他还把人权划分为新与旧，他列举了7种新权利，即：（1）工作和自由选择工作的权利；（2）自由组成职业集团或工会的权利；（3）工人分担和积极参与经济生活责任的权利；（4）经济集团和其他社会团体的自由和自主的权利；（5）取得公平工资的权利；（6）取得经济、失业保险、疾病津贴和社会保险的权利；（7）根据社会团体的可能条件，免费分享文明的基本物质和精神福利的权利。他指出，新、旧两种权利之间的矛盾是可以调和的，1948年联合国通过的《世界人权宣言》就是新、旧权利调和的产物。

其次，他把人权又划分为人格权、公民人格权和劳动人格权三大类。人格权即人权，它包括生存权、人的自由权、追求理想和道德人生完美的权利、追求永恒生命的权利、自由从事精神活动的权利、追

求宗教职业的权利、自己选择婚姻和建立家庭的权利、尊重宪法的家庭社会权利、保持一个人身体完整的权利、财产权、每个人被当做人而不是一件物的权利。[注]他强调指出，真理的世界，即涉及人类的科学研究、学术追求和学术信仰，以及一个人的内心隐私和自由的行为、道德世界、信仰等这些在本性上属于超自然领域的秩序，国家是不能干涉的，这些领域也不容国家插手。他认为，所有人格权利都根植于个人这个精神和自由载体的天性，即超越时间的命运和绝对价值的秩序。公民人格权即政治权利，包括参加政治生活（平等的普选）的权利、决定自己政府形式的权利、结社权、调查讨论权、安全和自由的政治平等权、独立的司法平等权、平等参与公共服务和自由选择各种职业的平等权。[注]公民人格权直接来源于实在法和宪法，而不直接依赖于自然法。劳动人格权包括自由选择自己工作的权利、自由形成职业团体和工会的权利、工人被社会作为成年人的权利、经济和社会团体自由和自治的权利、获得社会救济的权利、免费分享人类文明成果的权利。[注]他对于劳动者的尊严和平等工资权以及自由地组成工会及工会的自治权等劳动者的基本权利尤其关注。

可见，马里旦的人权思想既不同于古典自然学派的“自然权利说”，也不同于功利主义和实证主义的“法律权利说”，而是在自然权利的基础上来论证人权的存在及其所应当包含的内容。我认为，他之所以强调反复一个基本的命题——人权的真正哲学是以自然法观念为基础——其根本目的在于强调人权的神圣性和不可侵犯性。这是西方思想家们一个十分高妙的手法——每当他们要论述一个十分重要的哲学或者法学命题时，都要把其理论与古代希腊时期就产生的自然思想挂起钩，以使其理论能够获得民众、社会和统治者的认可和信服，因为，神的理念和对神的信仰始终是西方社会的核心理念，也正是这种理念的影响使得在千年间思想的火花始终没有离开过西方世界，任何理论和信仰只要一和神的理念联系到一起，很快就会被人们所接受和发扬，这就是神的理念没有过早退出西方社会之使然。而在东方社会由于神的概念和理念退出的过早，比如中国早在公元前3世纪之前就用

极为现实的所谓儒家、法家的思想代替了夏商以来的神的理念，而无论是儒家还是法家，实质上都是从社会现实的角度始终在用他们的理论在劝慰和提醒统治者如何统治国家和黎民百姓，他们的目的很明确，那就是——“学好文武艺，货买帝王家”，这就造成了东方的思想家们从来没有认真地研讨过有关人的来源、人的本性、人与自然的关系、自然与法律的关系等哲学命题，如果说有的话，至多也就是西汉时期董仲舒的所谓“天人感应”学说，但那是一个十分粗陋、未成体系且滑稽无稽的学说，根本无法解释人与自然、自然与法、人的权利、政体的权力、权利与权力的关系等严肃的哲学命题。严格地说，中国根本就没有出现过真正意义上的哲学家或者思想家，有的仅仅是统治者的奴才。他们研究学问的目的，不是为了研究，而是为了赢得统治者的青睐，以达到光宗耀祖的最终目的。这与西方社会中出现的孟德斯鸠、卢梭、洛克这样的真正为了把自己闪光的思想留给人间，不惜甘冒被统治者流放乃至砍头危险的做法，形成了无比鲜明的对比。这就造成了东方社会人们不信鬼神、崇尚权威和强制权力的特性。这也是海洋文明与大陆文明区别之所在。

二战以后，除了马里旦之外，其他一些著名的思想家也对人权思想的发展做出了卓越的贡献。新自然法学派的代表人物、美国政治哲学家罗尔斯（John Rawls，1921—2002年）从抽象的正义论出发，对人权作出了一种“新自由主义范式”的阐释。他提出了一套新的正义理论，指出，正义社会要有一套原则来确定“基本的善”是如何分配的，而所谓“基本的善”就是人的基本的权利和利益，它包括政治权利、经济权利和道德权利。为了公平地分配这些权利，他提出了两个基本原则，即平等自由原则和差别与机会平等原则。罗尔斯的正义理论对当代西方人权学说产生了重大影响。

另一位新自然法学派中的美国著名法理学家德沃金（Ronald Dworkin，1931—2013年）认为，权利并非仅仅存在于法律规则之中，它也存在于历史和传统之中，它们是个人对抗某种集体目标或政府的理由，和“掌握在个人手中的护身符”，是每个人要求保护的“道德主

张”。这种权利可以既可以是道德权利，也可以是政治权利或法律权利，“而且在这些权利中还有一个基本的、甚至是不言自明的权利。这一最基本的权利便是对于平等权的独特观念，我将之称为受到平等关怀与尊重的权利。”[注]他提出了一个著名的论断——为了贯彻关怀与尊重的权利，就必须抛弃蔑视少数人权利的功利主义观点。

二战之后，西方人权发展变化的最主要的表现，就是人权理论呈现出一种多样化的状态，并且在西方这些人权理论的影响下，形成了一系列的有关人权问题的国际立法。除了对于人权普遍性与特殊性的讨论外，西方人权学者还对人权的内容、人权与主权、人权与国内法、国际法的关系等问题展开了讨论。现在，诸如政治、文化和经济权利是不是人权的范畴？在各种人权中哪些权利是最重要的权利？应如何看待主权原则与人道主义干预？人权国际法是否具有道德约束力、政治约束力和法律约束力？等等问题，都成为当代国际人权理论研究和实践的热点问题。

随着网络时代的到来和飞速发展，网络逐渐作为人们沟通信息的一种重要的方式和渠道，被很多国家和国际组织视为重要的实现个人自由的领域。欧洲理事会各成员国专门制定了保障网络权利和在互联网上保护公共利益的一般原则，将其写入《欧洲打击网络犯罪公约》（2001）、《预防恐怖主义公约》（2005）、《欧洲委员会关于保护儿童免受性剥削和性虐待公约》（2007）等文件中。2011年5月27日召开的八国集团峰会通过了《多维尔宣言》，重申“互联网的自由和开放、透明、尊重隐私和知识产权、各利益相关者的伙伴关系、网络安全以及打击网络犯罪。”2012年7月5日联合国人权理事会在日内瓦通过一项有关互联网自由问题的决议，决议呼吁世界各国像在其他状况下一样支持个人在网络上的自由。所以，有学者明确地指出，互联网、新媒体导致了新的社会环境，对于人权、宪政、法治而言，有其积极的意义，也有消极的意义。互联网在人权发展方面有进步的一面，也有导致误解和麻烦的另一面。网络的发展对现有人权保障事业同时存在着促进和冲击。一方面使人的自由权、平等权、知情权等权利得到

更好地落实，另一方面侵犯人格权、著作权等的事件屡禁不止。网络由于其对技术的高度依赖性，而成为了拥有技术优势的某些国家推行文化入侵，实现文化霸权的平原地带。而在人权领域，由于互联网信息快速运动的特征可以更加迅速地传播人权信息；互联网信息流传广泛，可以导致世界无界限，使得人权要求跨越国界、在国际组织或者其他机构依然可以主张，也就有可能在全球的范围内构筑法治；互联网能够促进信息的平面化，有关人权的问题可以在平民之间传播，不需要官方媒体的笔记本电脑、手机、ipad等承载新媒体可以随时随地传递信息，而且是多介质、多媒体，既包括文字，也包括图片、音像，这都有利于人权信息的传播和问题的解决。所以，互联网时代要求社会资源的配置者以更加公允和有效率的方式进行治理，充分尊重和保护人权，在全球化的格局下认识人权制度和问题，进而构筑健康的人权制度。因而，个人权利是下一阶段人权发展的重点。(注)

二、法与政体

（一）洛克的分权学说

洛克提出了一种政治权力观念，即政治权力不应基于权威，而应基于同意。这是现代政治的基础性理念。基于这样的理念，他提出了现代宪政的基本原则——分权制衡的理论。他认为，君主专制政体“是和公民社会不相调和的，因而它完全不可能是公民政府的一种形式。因为公民社会的目的原是为了避免并补救自然状态的种种不合适的地方，而这些不合适的地方是由于人人是自己案件的裁判者而必然产生的，于是设置一个明确的权威，当这社会的每一成员受到任何损害或发生任何争执的时候，可以向它申诉，而这社会的每一成员也必须对它服从。当人们每一这样的权威可以向其申诉并决定他们之间的争论时，这些人仍处在自然状态中。因此每一个专制君主就其统治下的人

们而言，也是处在自然状态中。”“只要有人被认为独揽一切，握有全部立法和执行的权力，那就不存在裁判者；由君主或他的命令所造成的损失或不幸，就无法向公正无私和有权裁判的人提出申诉，通过他的裁决可以期望得到救济和解决。因此，这样一个人，不论使用什么称号——沙皇、大君或叫什么都可以——与其统治下的一切人，如同和其余的人类一样，都处在自然状态中。”㊟

洛克说：“在一切情况和条件下，对于滥用职权的强力的真正纠正办法，就是用强力对付强力。”㊟他指出，人们联合起来成为国家和置身于政府之下的重大和主要的目的，对内而言是为了更好地保护自己以及他的自由和财产，对外则是为了防止或索偿外国所造成的损害，以及为了保障社会不受入侵和侵略，总之，只是为了人民的和平、安全和公众福利。㊟而与国家比较起来，自然状态却有着许多的缺陷，所以，人们才将自然状态下的私人权利通过社会契约变成了一种公共权力。这种权力分为立法权、执行权和对外权。

立法权是指享有权力来指导如何运用国家的力量以保障这个社会及其成员的权力。立法权是最高的。但是，为了防止掌握立法权的人企图用立法权来谋求私利，对于立法机关的权限要予以制衡，其方法是：立法机关不能常设，它必须与行政权分开，它的召开由行政机关决定；立法权是一种受委托的权力，它受人民的监督和限制，一旦人民发现立法机关的行为与人民的立法目的不符合时，人民可以罢免或更换立法机关；同时立法权要受到社会基本政治价值的限制；执行机关有权力召集和解散立法机关，但是，如果行政权不按照法律的规定召开立法机关会议，则属于滥用职权，这种行为就是与人民为敌。

执行权即秩序法律的权力，其包括行政权和司法权。执行权隶属于立法权，但执行权对立法权又有制约作用。执行权还包括自由裁量权，有许多非由法律所能规定的事情，则由有执行权的人根据公众福利和利益的要求来处理，此即自由裁量权。他说：在某种场合，法律本身应该让位于这一自然和政府的根本法（执行权），即应当尽可能

地保护社会一切成员。[注]而当人民的集体或任何个人被剥夺了权利，或处在不根据权利而行使的权力的支配之下，而在人间又无可告诉，那么每逢处理这种案件时，就只有诉诸上天，这是一种基于先于人类一切明文法尔处在并驾乎其上的法律，这是人类最终保留的决定权。[注]它是一个经常存在的权力，负责执行被制定和继续有效的法律，所以，立法权和执行权往往是分立的。

对外权是指解决战争与和平、联合与联盟以及同国外的一切人士和社会处理一切事务的权力。但是它并非一种独立于执行权之外的权力，这两种权几乎总是联合在一起的，因为，如果执行权和对外权掌握在可以各自行动的人的手里，这就会使公共的力量处于不同的支配之下，迟早会导致纷乱和灾祸。

可见，洛克的分权论并非三权分立，而实际上是立法权和执行权的两权分立，其中立法权必须是最高的权力，其余一切权力都是而且必须处于从属的地位。[注]

洛克所总结的人类社会应当是：每个人在参加社会时交给社会的权力，只要社会继续存在，就决不能重归于个人，而是始终留在社会中；因为如果不是这样，就不会有社会，不会有国家，而这是违背原来的协议的。所以，如果社会已把立法权交给由若干人组成的议会，由他们和他们的后继者继续行驶，并给议会规定产生后继者的范围和职权，那只要政府继续存在，立法权就决不能重归于人民；因为他们既已赋予立法机关以永远继续存在的权力，他们就把自己的政治权力放弃给立法机关，不能再行收回。但是如果他们曾规定他们的立法机关的期限，使任何个人或议会只是暂时地享有这种最高权力，或如果掌权的人由于滥用职权丧失权力，那么在丧失权力或规定的期限业已届满的时候，这种权力就重归于社会，人民就有权行使最高权力，并由他们自己继续行使立法权，或建立一个新的政府形式，或在旧政府形式下把立法权交给他们认为适当的新人。[注]

如果说洛克还没有能够展开并形成典型的三权分立的制度，那么最终完成这个任务的是孟德斯鸠。

（二）孟德斯鸠的政体理论和三权分立学说

1.孟德斯鸠的政体理论

孟德斯鸠指出，性质决定政体，原则推动政体，性质是政体的特殊结构，后者是推动政体的人的情感。法律需要与每种政体性质相关，它与每种政体的原则间的关系也是如此。[注]他依据掌握国家最高权力的人数及掌权者对法律的态度，把政体分为：

（1）共和政体

在此政体下，主权属于全体人民或人民的一部分。共和政体又可分为民主政体与贵族政体。在民主政体中，人民在某些方面是君主，在另一些方面是臣民；全体人民只有通过表达其意志的选票才能成为君主；最高权力掌握者的意志就是最高权力掌握者本身；在此政体中，确立选举权的法是基本法，它规定如何投票、谁投票、投给谁、就什么事情投票，这些问题的重要性不亚于君主政体下需要知道谁是君主、他将如何治理国家。[注]共和政体的原则是美德（品德），即热爱法律与祖国，也就是爱共和国，爱共和国就是爱民主政治。民主政体是众人的政治，需要品德的无限发挥，在这样的社会里，人人都感到自己对国家的责任，尤其使执行法律的人觉得本身也意识到自己也要受法律的约束，而且还要对此负担后果。[注]贵族政体的原则是节制，也就是宽和的精神，也叫贵族政治下的品德，是指对私欲的某种限制，这是一种较小的品德，其目的在于使贵族与平民在一定程度上处于平等地位，也使贵族内部相互平等，得以维持他们的统治，保存自己。因而，节制是贵族政体的灵魂，但这种节制是以品德为根基的节制，而非源自于怯懦或怠惰的节制。[注]

（2）君主政体

在此政体下，主权属于君主，它是由君主一个人依据基本法治国的政体，在此政体中，君主是一切政治权力和公民权力的源泉。但是，因为有基本法，君主仍然要依照法律进行统治。[注]此政体是由于是一个人的统治，因此，它不需要人人关心如何治国的问题，也不需要什么美德（品德），它所需要的是荣宠（荣誉），即每个人和每个阶层对于优遇、赏赐、野心的追求的想法。君主政体下的各政治集团各自都在追求各自的特殊利益，在那里，没有人渴慕平等，平等是无法进入人们的大脑里去的，大家都想出类拔萃，出身最卑微的人，也希望摆脱原来卑微的地位。在治理良好的君主国里，几乎每个人都是好公民，但是，好人却极为罕见。[注]但是，这种荣宠是一种虚假的荣宠。[注]

（3）专制政体

在此政体下，主权属于君主，但君主不是依照法律而是依照个人意志或任性进行统治。因为，专制政体国家里根本就没有基本法，也没有法律监护机构。此类政体国家里行使行政权力的只有一个人（君主），受命替他行使权力的也只有一个人（宰相）。[注]专制政体的原则既非美德也非荣宠，而是畏惧（恐怖），因为，在此政体中，美德根本不需要，荣宠则是危险的。[注]因为，专制政体下的君主的无限权力全部转交给受他委托的那些人，自认为不同凡响的人有可能在那里造反，因此，必须以畏惧窒息一切勇气，扑灭野心于萌芽状态。[注]在那里平民应受法律审判，权贵应受君主心血来潮的制裁，最下层的臣民不应被砍头，某些显贵或高层官员（帕夏）应随时有丢掉脑袋的危险。总之是人人都不寒而栗。[注]专制政体中，政体的性质要求绝对服从，君主的旨意一旦下达，就应立竿见影地发生效应；这里根本没有调和、修正、妥协、交情、对等、商榷、谏议，人只是服从于那个发号施令的生物脚下的一个生物罢了；人们既不能对未来的命运表示担心，也不能将晦气归咎于命运无常；人在那里如同牲畜一样，他们所拥有的仅仅是本能、服从和惩罚；人的自然情感，孝敬父亲，钟爱妻

子儿女，荣誉的法则，健康状况等等，谈论这一切全然徒劳无益，只要遵命行事就足够了。注

孟德斯鸠认为，任何统治者都不是为了统治而统治，都是为了追求特定的目的——专制政体的目的是寻求君主个人的欢乐；君主政体的目的是君主与整个国家的荣誉；一切国家的目的都是保存自己。注

2.孟德斯鸠的三权分立学说

孟德斯鸠在论述了政治自由的理论之后，提出要保障人们的自由，就必须限制权力对于自由的侵犯。从而提出了著名的三权分立学说。他说："就其性质而言，民主国家和贵族国家都不是自由国家。政治自由仅存在于宽和的政体之下。可是，政治自由并不始终存在于宽和的国家里。只有权力未被滥用时，政治宽和的国家里才有政治自由。然而，自古以来的经验表明，所有拥有权力的人，都倾向于滥用权力，而且不用到极限绝不罢休。""为了防止滥用权力，必须通过事物的统筹协调，以权力制止权力。"他的理想是：有这样一种政治体制：不强迫任何人去做法律不强制他做的事情，也不强迫任何人不去做法律允许他做的事情。注

孟德斯鸠由此从自由然后转到分权。他说：每个国家都有三种权力：立法权、适用万民法的执行权、适用公民法的执行权。依据第一种权力，君主制定临时或永久的法律，修改或废除已有的法律；依据第二种权力，君主们媾和或宣战，派出或接受使节，维持治安，防止外敌入侵；依据第三种权力，君主们惩治罪行，裁决私人争执；这里的第二种权力即国家的行政权，第三种权力即司法权。孟德斯鸠指出，立法权和行政权如果集中在一个人或一个机构的手中，自由便不复存在，因为人们担心君主或议会可能会制定一些暴虐的法律并暴虐地执行；司法权如果不与立法权和行政权分置，自由也就不复存在；司法权如果与立法权合并，公民的生命和自由就将由专断的权力处置，因为法官就是立法者；司法权如果与行政权合并，法官就将拥有压迫者的力量；如果由同一个人，或由权贵、贵族或平民组成的同一

个机构行使这三种权力，即制定法律的权力、执行国家决议的权力以及裁决罪行或个人争端的权力，那就一切都完了。他认为，欧洲大多数国家的政体比较宽和，因为，拥有前两种权力的国王把第三种权力留给臣民行使；而在土耳其，三种权力全都由苏丹掌控，统治这个国家的是可怕的专制主义。注

孟德斯鸠声称，政体性质决定政体，原则推动政体，政体的性质是政体的特殊结构，政体原则是推动政体的人的感情。这是孟德斯鸠的政体理论中颇为著名的论断。关于法与政体的关系，孟德斯鸠认为，法律要与每种政体的性质和原则相关。法是人类的理性，因为它治理着地球上的所有民族；各国的政治法和公民法只不过是人类理性在各个具体场合的实际应用而已；这些法律应该量身定做，仅仅适用于特定的国家；倘若一个国家的法律适用于另一个国家，那时罕见的巧合；各种法律应该与业已建立或想要建立的政体性质和原则相吻合，其中包括藉以组成这个政体的政治法，以及用以维持这个政体的公民法。注对于三种政体的适用对象问题，孟德斯鸠提出了一个著名的论断：小国适宜实行共和政体，稍大的国家适宜实行君主政体，大国则适宜实行专制君主治理。注

孟德斯鸠的三权分立学说比洛克的分权学说从理论上讲更为系统、深入，该学说对于1789年法国《人权宣言》和1791年法国宪法以及美国1787年宪法产生了直接的影响，此后，人们说到三权分立，一般是指孟德斯鸠理论。尽管至今为止，分权学说发生了许多变化，但是，权力的分立和制衡是保障人们自由和社会民主的必要手段以及是对付专制的一种合适的方式的观念，仍然为世界上大多数的国家和人们所认可和坚持。

三、法与国家

洛克是西方法治主义的鼻祖。他认为，国家必须以正式的法律来统治。国家立法机关制定的法律必须是明确的、正式颁布的，法律的执行必须有严格的法律依据，法官的自由裁判权必须受到限制。如果法律没有明确规定的地方，法律的执行者应当依照人民的意志和利益。有了法律而不执行，等于无法。不执行法律的政府是专横的政府，也就不是真正制度政府。如果握有国家最高执行权的人没有履行自己的法定职责，使业已制定的法律无从执行，这就是无政府状态，此时，实际上政府就已经解体。因为，法律的的职能是为了约束社会，使国家的各部门各得其所，各尽其职，而当法律成为废纸之后，政府也就搁浅了，人民也就成为了杂乱的群体。因此，社会中的任何人都不能不受到法律的约束。不论是位高权重的要人，还是地位微贱的人，概莫能外，而对于前者则更要从严要求。这就必须做到：法律面前，人人平等。(注)洛克认为，法治与暴政势不两立。统治者无论欧盟怎样的正当资格，如果不以法律而以他的意志为准则，如果他的命令和行动不以保护人民财产而已满足自己的野心、私情、贪欲和任何其他不当的情欲为目的，那就是暴政。(注)

卢梭所推崇的理想的共和国，同时也是一个法治国。他说，凡是实行法治的国家，无论其行政形式如何，都可称为共和国。(注)卢梭所说的法治的基本内容包括：立法权永远属于全体人民，无论是谁，擅自发号施令绝不能成为法律；(注)政府的工作可以交给少数人掌管，而对政府的监督，则应由广大的人民来进行，因为，权力的滥用是没有边界、没有节制的，只有在受害的人被毁灭之后，才能停止。(注)他说：“公民们希望事事有法可依，所有的法律都得到遵守。在人民当中，每一个人都知道，如果有人是例外，可以不遵守法律，那对每一个人都是不利的。因此大家都害怕这种例外之人；对例外之人感到害怕的，都是热爱法律的老百姓。”(注)

康德提出了初级法治——法治国的概念。他认为，作为初级的或一个国家的法治的特点有：法律处于至上的地位；法治国家中人与人

关系的原则是自由、平等、独立；法治国家的体制必须是共和制。他说："文明社会组织是唯一的法治社会；在此社会中，每个人对属于他的东西才有保证，……那种在文明社会状态中实际存在的占有将是绝对的或有保证的占有。……这种占有通过一个公共立法机关内所有人联合起来的意志，它将成为法律的占有；……"，[注]"最好的社会组织，就是在这个社会内，不是人而是法律去行使权力。"[注]而法治社会的法是公民立的，所表达的是公意。"公共法律，乃是公意的行动。""因而任何个别的意志都不能为共同体立法。"[注]因而，康德还特别指出："唯有共和的体制才是完美地符合人类权利的唯一体制"。[注]

凯尔森坚决反对现代政治科学的理论基石之一——国家与法律的二元论，他认为，国家只是一个法律现象、一个法人、一个共同体，国家是由国内法律秩序创造的共同体，国家作为法人是这一共同体或构成这一共同体的国内法律秩序的人格化。作为政治组织的国家其本身就是一种法律秩序，但并非每一个法律秩序都是一个国家。国家是一个相对集权的法律秩序，它必须有提携组织机构，必须按权力分工的原则建立一些机关，创立和适用构成法律秩序的法律规范，因而，它必须表现出一定程度的集中的特性，而国家的三个要素——人民、领土和国家主权只能被理解为一个法律秩序的效力。[注]

四、法与政府

卢梭把政府定义为："臣民与主权者之间所建立的一个中间体，以便两者得以互相适合，它负责执行法律并维护社会的以及政治的自由。"[注]他认为，创制政府的行为乃是一种复合的行为，是由法律的确立和法律的执行这两种行为所共同构成的。前一种行为就是一项法律，而后一种行为并非另一项法律，而仅仅是前一项法律的后果，是政府的一种职能。[注]因此，他得出结论："创制政府的行为绝不是一

项契约，而只是一项法律；行政权力的受任者绝不是人民的主人，而只是人民的官吏；只要人民愿意就可以委任他们。对于这些官吏来说，绝不是什么订约的问题，而只是服从的问题；而且在承担国家所赋予他们的职务时，他们只不过是在履行自己的公民义务，而并没有以任何方式来争论条件的权利。”㊟

五、法与契约

古典自然法学派认为，在进入文明社会之前，人类生活在一种自然状态之中，在这种状态下，没有国家、政府和法律，是一种战争状态，人与人之间是一种狼与狼的关系。㊟虽然如此，但是，人们仍然普遍遵循着一定的法则，这就是自然法，它是指导人类行为的一种原则，是一种法。它包括和平、寻找食物、相互爱慕和希望过社会生活。这是人们最新的和最重要的认识，为此都有了社会，而人类的本性决定了人类必定要从自然状态过渡到文明社会，因为，自然状态并非人类理性中的理想状态，在这个过渡的过程中，社会契约起了决定性的作用，人类通过社会契约的方式从野蛮的自然状态进入社会状态，其表现方式是：人们放弃自然状态下的全部或部分自然权利，把它们交给一个人或一个集体，这个人或集体就是人们的主权的掌握者，国家由此而产生，人类从此也开始生活在一个由国家和法律的社会之中。但是，人类在最初建立政治社会的时候，必须通过契约的方式，因为任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一方法，是同其他人协议联合成为一个共同体。㊟所以，国家起源于契约。因为，随着私有制的出现，出于人类对于渴求获得比别人更多的财富的本性的驱使，人们越来越受到相互掠夺和残杀的威胁，在此情况下，人们被迫去寻找能够带来自由和安全的新的生存形式，在经历过无数次的尝试和失败之后，人们凭借经验和趋利避害的天然本能，主动地选择了以订立社会或国家契约的形式，来达到免除面临更多的

威胁的目标。因而，社会契约所要解决的根本问题是：“要寻找出一种结合的形式，使它能以全部共同的力量来卫护额保障每个结合者的人身和财富，并且由于这一结合而使得每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从其本人，并且仍然像以往一样地自由。”[注]在这个共同体中，每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给了整个集体，[注]而这种通过转让全体人民的个人权利的方式建立起来的集合体，则是组成这个集合体的全体人民的最高的共同意志的体现——“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下，并且我们在共同体中接纳每一个成员成为全体之不可分割的一部分”。[注]这里的公意就是法律。这种社会契约的条款从来就没有被正式公布过，但却是普天之下为人们所默认或公认。而为了不使社会公约成为一纸空文，他就应该“默契地包含着这样的一种规定——唯有这一规定才能使得其他规定具有力量——即任何人拒不服从公意的，全体就要迫使他服从公意。这恰好就是说，人们要迫使他自由；因为这就是使每一个公民都有祖国，从而保证他免于一切人身依附的条件，这就是造成政治机器灵活运转的条件，并且也唯有它才能是使社会规约成其为合法的条件；没有这一条件，社会规约便会是荒谬的、暴政的，并且会遭到最严重的滥用”。[注]在这个组成共同体的结合者中，他们集体地被称为人民；个别地，作为主权权威的参与者，就叫做公民；作为国家法律的服从者，就叫做臣民。[注]而如果执政者没有办法确保臣民的忠诚，那么就没有任何东西可以保证臣民履行规约。[注]也就是说，当执政者（主权者）滥用职权不履行契约，以损害了人民权利和利益的时候，人民就有权取消契约，有权从执政者的手中通过暴力夺回自己的自由。

虽然，对于社会契约理论最具独到、精辟、深刻见解的要数《社会契约论》的作者卢梭（其主要观点前面已述），但是，早于卢梭出生80年的洛克对此已经有了较为深刻的论述。他强调指出，人们在订立社会契约时，只是把一部分权力交给社会，因而，社会或立法机关

在行使自己的权利时，必须为人民谋福利和保护人民的生命、自由和财产，否则，就叫超出了公众福利的需求，人民就有权进行反抗。反抗也是人民的一项自然权利。他认为，当立法机关或者君主在行动上违背人民与之签订的契约所约定的权力和义务的时候，当他们用强力侵犯人民的权利的时候，他就种下了人民推翻合法政府的组织和结构的祸根，他就严重地犯了一个人所能犯的最大的罪行，他应对于由于政府的瓦解而造成一个国家遭受流血、掠夺和残破的一切灾祸负责，因为，自卫是自然法的一部分，不能不让社会实行自卫。(注)进而，他引申出了“有限政府”的理论。该理论的核心内容是：

1.人们把立法、司法和执法的一切权力授予拥有最高权力的政府，政府便拥有了文明社会的自然权利。

2.保护和尊重这种权利是政府的职责。

3.政府的强力不是绝对的，而是有条件的，政府是有限政府。

4.政府的这种有限性就是政府的权威必须以保存人的生存、自由和财产的权利为自己的根本目标。

5.政府不是目标，而是工具。

6.如果政府不服务于这个目标，人们就有废除原来与政府所签订的契约的权利。

7.按照立法权的隶属关系，把政府分为民主制、寡头制、君主制和混合政体四种。

8.他的理想政府是属于民主政体的君主立宪制。

社会契约理论是资产革命的最重要的理论依据。

六、法与社会

19世纪欧洲社会法学和自由法学的创始人之一、奥地利裔犹太人尤根·埃利希（Eugen Ehrlich，1862—1922年）从人类社会来探讨法律的基础问题。他认为，人类社会是由各种联合体组成的，“人类社会是彼此具有相互关系的人类联合体的总和”。[注]而维系社会联合体的是社会规范，而法律即是其中的最重要的一种。“在所有的法律联合体中，法律规范构成了内部秩序的支柱；法律规范是它们构造方法的最强有力的支撑。”[注]法律是一种为联合体每一个成员分配在团体中地位和职责的规则。[注]他认为，法律扎根于社会之中，并随着社会经济的发展而发展。他说：“因为法律是一个社会联合体的内部规则，它的内容取决于这些联合体结构的绝对必要性与经营经济企业的方式。社会和经济的每一次变化都会导致法律的变化，如果社会和经济变化不导致相应的法律变化，它们就不可能改变社会的法律基础。”[注]

为了进一步阐述他的法律与社会的关系的理论，埃利希把法律区分为为大众所遵守的一般行为的规则和为司法活动所遵循的特殊行为规则或裁判规范，以及作为法律主体的活的法或社会法和由之派生的国家法。

他认为，法律规范与其他社会规范是互相关联、相辅相成的。他说：“法律在本质属性上也似乎与其他社会规范相关联，即与宗教规范、道德规范、伦理习俗规范、礼仪规范、言行得体规范、礼节规范和时尚规范相关联。”[注]因此，“没有任何一个法律上的联合体能完全依靠法律规范的方式来维持它的存在；法律规范一直都需要能强化和弥补它们效力的非法律规范的协助。缺少上述所提及的每一种社会规范的合作，任何东西都不能提供给社会机制运转的完整图景。”[注]所以，他得出结论：“没有一个国家、政府，在任何时候都可能完全依靠法律进行统治。”[注]

埃利希的法律与社会的关系理论，给当代的统治者们更好地理解法律及其与其他社会规范的关系，为他们治理当代国家和社会提供了一个很好的建议和依据。

20世纪社会理论批判法学的权威、出生于巴西的昂格尔（Roberto Unger，1949—）研究了世界上每一种主要的法律类型产生的历史条件，认为法律在其历史发展中经历了习惯法、官僚法和法律秩序三种形态。法律秩序不仅具有公共性和实在性，而且具有普遍性和自治性，它们确立了公民在形式上的平等，保护公民免受政府的任意监护之害。他认为，法律秩序即法治的产生得益于两个条件，第一个条件是多元集团的出现，使得任何一种政治力量都不能占据支配地位，社会在各种政治力量既互相斗争又互相制约中得到发展，统治集团力图通过法律制度维护现有的社会格局；第二个条件是自然法观念创造了一种限制政府的权力、评价法律是非和批评社会现状的可能性。他指出："社会理论问题将通过对现代社会中法律的位置的思考予以间接的讨论。法律似乎是一个特别富于成果的主题，因为了解它的意义的努力直接把我们带到了尚未解决的重大社会理论问题的核心。"[注]而社会理论所关心的方法论问题、秩序问题和现代性问题，都集中体现在法律领域中。因而，根据昂格尔的法律与社会形态关系理论，我们可以推论出一个有关法与社会之间的重要的关系图标，那就是：人类的法律经历了从部落社会习惯法发展为贵族社会的官僚法，再转变为自由社会的法律制度，最后导致后自由主义社会的法律制度的过程，而在这个变化过程中，社会形态的转变都体现在法律制度和法律形态转变的过程之中。我认为，这是昂格尔法律与社会形态理论的核心。

七、法与道德

19世纪美国麻省最高法院法官霍姆斯（Oliver Wendel Holmes，1841—1935年）在一次著名的演讲中指出，法律是我们道德生活的见证人和外在表现。法律的历史就是一个民族道德的发展史。法律实践的目的是要造就好的公民和善良的人们。但是，要学好法律，就必须区分法律和道德。区分法律和道德的现实意义在于——一个并不在意

和实践伦理规则的人最有可能避免支付金钱和远离审判。从实际上讲，坏人只看法律的实在结果，从而由此进行预测自己的行为是否会各自己带来不利；而好人总是用模糊的良心准则从法律里外来寻找其行为的理由。从理论上讲，法律充满了来源于道德的术语，而并不行道德上再去认识它们。如果把一个人的道德意义上的权利等同于宪法或法律上的含义，其结果只能导致思想的混乱。以此为基础，霍姆斯得出结论："如果我们采取我们的朋友，即坏人的观点，那么我们就会发现，他毫不企求什么公理或推论，但他的确想知道马萨诸塞州或英国的法院实际上将做什么。我很同意他的观点。法院实际上是将作什么的预测，而不是其他自命不凡的什么，就是我所谓的法律的含义。"[注]霍姆斯指出，道德注重人的内心想法，而法律则注重人的外在行为。他在承认法律与道德的关系的同时，主要是从具体司法的角度去总结法律的含义——一个坏人对法院将作出何种判决的一种预测。他的这一对于法律含义独到见解，使得他在世界法律思想史上留有一席之地。

庞德认为，法律是发展变化的，法律与道德的关系也经历了不得变化的过程。庞德把法律的历程划分为原始法、严格法、衡平法、成熟法、社会化法和世界法六个阶段，在不同的阶段，法律与道德表现出不同的关系。具体说来：在第一个阶段，法律同其他社会控制手段尚未分离，因而，宗教、法律、道德在社会节制中混同为一。在第二阶段，法律从其他社会规范中分化出来，法律是自足的，道德被漠视。在第三阶段，不少道德观念从外面注入法律，甚至于成为比法律规定更权威的东西，此时，法律与道德相吻合。在第四个阶段，许多道德的观念已经法律化，法律与道德又一次分离，但是这次分离是相对的；在立法中法律必须以道德为基础，在司法程序中，道德只有其补充法律的功能。[注]在第五个阶段，法律越来越注重对于公共利益的保护，而对于个人的权利加以限制。在第六个阶段，出现了新的万民法——世界法，其目的和功能是为了维护世界和平，促进人类普遍幸福。

20世纪英国法理学家哈特（Herbert Lionel Adolphus Hart，1907—1992年）提出法律与道德分离的理论，认为法律与道德之间存在紧密的联系但不存在必然的联系。他指出道德有四个特征：道德比法律更具有重要性、非有意改变性、道德罪过的故意性和道德的强制形式不同于法律。他指出，法律和道德共同享受着最低限度的自然法，这个最低限度的自然法包括禁止暴力杀人或施加肉体伤害、要求互相克制和妥协和镇压盗窃、诈骗等原则。这些规则既是道德原则，也是法律原则。他从最低限度的自然法的理论为基础，澄清了人们对“恶法亦法”的认识，有些规则，虽然违反了社会本身的道德，它们是恶法，但是，“这是法律；但它们是如此之邪恶以至不应遵守和服从”。[注]他指出：“如果这个制度是公平的，并且真正关心它对之要求服从的所有人的重大利益，它可以获得和保有大多数人在多数时间内的忠诚，并相应地将是稳固的。但是，它也可能是一个按照统治集团的利益管理的偏狭的和独断的制度，它可能成为愈加具有压迫性和不稳定性的制度，并包含着潜在的动乱威胁。”[注]哈特关于道德与法律关系的理论，与自然法学派所主张的法律制度必须符合正义和道德，满足民主、自由和平等的要求，具有本质上的不同。哈特认为，自然法学派的这些要求时不切实际的，民主、自由、平等这些标准都是在近代以后才出现的，即使违反这些价值原则的国内法律秩序在一些国家之内也有可能长期存在。哈特的主张，可能更加符合当今世界的现实，但是，作为一个法律秩序，民主、自由、平等、正义、道德这些基本价值观，还是不容忽视甚至违背和反动的。全人类共同生存在一个地球空间之内，为了维持地球的和谐、稳定和发展，为了全人类的福祉，应当也必须存在一种为全体地球人所共同信奉、遵守的带有全人类共同意志的法律秩序、道德秩序，以及适用于全人类的一切社会的共同理念，否则地球将会是不安全和不稳定的。民主、自由、平等、正义、道德这些已经为人类所共同认可的基本的价值理念，也就理应成为全体人类所共同拥有的基本的价值理念。那种认为只有民族的才是世界的观念，至少是有待商榷和认真推敲的。

富勒认为，人类社会要建立良好的秩序，自然离不开规则，而这些规则都与所在社会人们的道德观念有关，都包含着道德的因素，法律规则就是义务的道德的派生物，是义务的道德的法律化。因此，法律离不开道德和具有道德性，甚至认为，不具有道德性的法律就不再具有法律的权威或效力。他说："法律即使仅仅被看作是秩序，也包含着它固有的道德性。如果我们要创设一种被称为法律的东西，即便是恶法，这种秩序的道德性也必须得到尊重。"因为，"法律作为值得人们效忠的某种东西，它一定表达了某种人类的成就；它不可能是权力的简单命令，或者是在国家官员的行为中才能辨识出来可以重复的行为模式。我们对人类法律的尊敬肯定不同于我们对万有引力这一法则的尊敬。如果法律（即使是恶法）要求我们要予以尊敬，那么法律一定表达了某种人类努力的一般方向，这种方向是我们可以理解和描述的，并且是我们在原则上可以赞同的，即使在某些时候对我们来说似乎丧失了自己的特征。"[注]富勒提出法律和道德的不可分性主要表现在两个方面：一方面，法律要符合法律之外的一种道德目的，即自然法观念；另一方面，法律还必须以一系列法律原则作为法律的内在道德，亦即法律本身应该合乎道德，即法律的道德性。他反对以哈特为代表的法律实证主义，他们之间曾展开了长达十余年的论战。而这次论战的起因则是一起因妻子根据1934年纳粹德国颁布的一项法律而向纳粹党告发了她的丈夫对于当时的希特勒政府、希特勒本人和纳粹的不满言论，从而导致其丈夫被长期监禁并被派往前线作战，而在战后该妇女因使其丈夫入狱被审判的案件。[注]该妇女在法庭上辩称，其丈夫的行为根据1934年纳粹德国制定的法律，已构成了对当时有效法律的犯罪。因此，她对其丈夫的告发仅仅是使一个罪犯得到应有的制裁而已。该妇女所说的纳粹德国1934年制定的那项法律的主要内容是：（1）任何人公开攻击德国国家社会主义党的领导人以及他们所采取的措施，或者其言论引起他人对这些领导人的怨恨，或者揭露这些领导人性格中的反面，以至于削弱了人民对政治领导人的信心，应该被处以监禁；（2）如果行为人在作出恶毒言论时，意识到或者应该意识到

这些言论将传播到公共领域，这些言论即使没有当众作出，也应该视同公共言论对待。法院经审理认为，1934年的纳粹德国制定的法律无效。这就引发了一场关于恶法是否是法，是否应当要得到遵守的争论。而其争论的焦点则是法律与道德之间的关系问题，实质上也是西方传统的自然法思想和当代法律实证主义两大派系之争。在这场论争中，哈特坚持分析实证主义认为正义和正义的标准是相对的的观点，认为，正义的标准是随着特定人和特定社会的根本道德观而不断变化的。因此，“关于法律正义或不正义的判断可能与由不同道德所激发的反论产生对抗”。[注]也就是说，根本就不存在有利于或者促进所有人的福利的法律，法律在为一个阶层提供了利益的同时，必然剥夺了其他阶层的利益。哈特具体地阐述了其著名的法律和道德关系理论。而富勒的独到之处在于把道德分为内在道德与外在道德，而这两种道德都与法律有关，他称之为法律的内在道德和外在的道德的区别和相互作用。法律的外在道德是指法律本身合乎一种外在的道德标准，法律的内在道德则是一种法律制度所必须具备的一系列条件或法制原则。他把他认为这种从前法学没有发现的法律的内在道德归纳为八个方面：（1）法律规则的普遍性；（2）法律规则必须公布；（3）法律不能溯及既往；（4）法律必须明确，为人们所容易理解；（5）法律规则不能相互矛盾；（6）法律不应要求不可能实现的事情；（7）法律规则应该具有相对的稳定性；（8）法律的规定与实施必须相一致。富勒将这八条称之为法治原则，或者是实现法治的理想。[注]哈特与富勒争论的结果是哈特提出了“自然法的最低限度的内容”的观念，富勒则提出了“法律的道德性”的理论体系。

八、法与自由

在西方近代史上，最先论述法律与自由关系问题的是霍布斯，在《利维坦》一书中，他专章论述了法律与自由的关系问题。他阐述自

由一词的含义是："自由一词就其本义说来，指的是没有阻碍的状态。"[注]他论述了自由与法律的关系，指出自由离不开法律，并且提出了三条理由：其一，只有在法律对人们的行为加以约束和限制后，人们的安全才有保障，也才能享受法律所保护的自由；其二，世界上任何一个国家不可能制定出足够的法律来限定人们的言论和行为，所以，在法律未加规定的一切行为中，人们有自由去做自己认为有利于自己的事情；其三，法律的本义和目的并不是要加害于人们，而是要保护和指导人们，使人们自由地生活。

斯宾诺莎认为，自由离不开法律，因为法律是以理智为基础的，是有智慧的人所制定的行为准则，因而人们遵守法律不会使他变为奴隶，而只会成为一个公民。"一个受理性指导的人，遵从公共法令在国家中生活，较之他只服从他自己，在孤独中生活，更为自由。"[注]"一个人越听理智的指使——换言之，他越自由，他越始终遵守他的国家的法律，服从他所属的统治权的命令。"[注]但是，"在所有政体之中，民主政治是最自然，与个人的自由最相合的政体。"[注]也就是说，只有在民主制国家中，其法律才最符合人的天性和最能给人以自由。他主张，给人的思想以绝对的自由，认为法律不应该也无法禁止思想自由。其理由是：限制思想自由违反了建立国家的真正目的；限制思想也是不可能的；限制人的思想自由只会招来反抗、不满和叛乱；提倡思想自由是一种美德，限制思想自由只会使人们说谎；思想自由是科学和文化艺术发展的前提。

洛克把自由和法律结合起来，指出："处在社会中人的自由，就是除经人们同意在国家内所建立的立法权之外，不受其他任何立法权的支配；除了立法机关根据它的委托所制定的法律以外，不受任何意志的统辖或任何法律的约束。"[注]因而，"法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而智慧的人去追求他的正当利益，它并不再受这法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。"[注]"法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。这是因为在一

切能够接受法律支配的人类状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由。”因此，人们没有理由把法律与自由对立起来。

孟德斯鸠把自由分成哲学上的自由和政治上的自由两大类。他把确立政治自由的法律分为从政治自由与政制的关系角度确立政治自由的法律和从政治自由与公民关系角度确立政治自由的法律。他说：“政治自由绝不意味着可以随心所欲。在一个国家里，即在一个有法可依的社会里，自由仅仅是做他应该要做的事和不被强迫做他不应该想要去做的事。”“自由是做法律所许可的一切事情的权利；倘若一个公民可以做法律所禁止的事情，那就没有自由可言了，因为，其他人同样也有这个权力。”[注]他认为，就政体的性质而言，民主国家和贵族国家都不是自由国家，政治自由仅存在于宽和的政体之下。可是，政治自由并不始终存在于宽和的国家里，只有权力未被滥用时，政治宽和的国家里才有政治自由。[注]而且，“就政治自由与政制的关系而言，政治自由是由三种权力的某种分配方式确立的；可是就政治自由与公民的关系而言，必须用另一种思想对政治自由加以审视。政治自由是享有安全或者自认为享有安全。”[注]孟德斯鸠认为，政治自由仅与法律有关，而公民自由则不但与法律有关，与风俗和习惯也有关系，但公民自由与良好的刑法有关，“公民的自由主要依赖于优良的刑法”。[注]孟德斯鸠的自由理论和他的分权理论是一脉相承的，因为，他认为要保障人们的自由，就必须限制权力对于自由的侵犯。他认为，自古以来的经验表明，所有拥有权力的人，都倾向于滥用权力，而且不用到极限绝不罢休。因此，为了防止滥用权力，必须通过事物的统筹协调，以权力制止权力。[注]

卢梭的核心思想就是人的自由与平等，他从人性的角度去论述自由。他认为，自由乃是人性的产物，人人生而自由，自由与人性不可分离。他说：“一个人抛弃了自由，便贬低了自己的存在。”[注]他说：“放弃自己的自由，就是放弃自己做人的资格，就是放弃人类的权利，甚至就是放弃自己的义务。对于一个放弃了一切的人，是无法加

以任何补偿的。这样一种弃权是不合人性的；而且取消了自己意志的一切自由，也就是取消了自己行为的一切道德性。”[注]卢梭认为，自由与法律不可分，遵守法律即自由，除了守法人没有自由。这一思想与斯宾诺莎和洛克关于自由与法律关系的观点十分相近。他说：“人是自由的，尽管是屈服于法律之下。这并不是指服从某个个人，因为在那种情况下我所服从的就是另一个人的意志了，而是指服从法律，因为这时候我所服从的就只不过是既属于我自己所有、也属于任何别人所有的公共意志。一个主人可以允许这一个人而拒绝另一个人；反之，法律则不予以任何考虑，法律的条件对人人都是同等的，因此就既没有主人，也没有奴隶。”[注]他强调：“不受法律约束的自由，是没有的；高居法律之上的人，也是没有的。即使是在自然状态中，也只有按照人人都必须服从的自然法行事，人才是自由的。自由的人们也有服从的时候，但他们不做任何人的仆从。他们有首领，但没有主子；他们服从法律，而且只服从法律。正是有了法律的力量，他们才不屈从于人。”[注]卢梭在此明确了法律与自由的关系。

哈耶克认为，只有在法治的社会里的人才是最自由的。因为，人可以运用他知识自由地追求他的目的，也可以因遵守社会规则（法律）而取得预期的成功；而当有人违反社会规则（法律）侵犯了他的“私域”（个人空间）时，维护社会规则的国家机关就会对之施加强制，以维护遵守社会规则的人的自由。因此，最自由的社会就是由社会规则所建立和维持的秩序，即反抗秩序或法治。但他认为，已有的社会并不是法治社会，也就不是真正自由的社会。因此，他说，法治下的自由观念，立基于这样的论点，即当我们遵守法律时，我们并不是在服从他人的意志，因而我们是自由的。[注]显然，在哈耶克看来，自由秩序就是法律，自由的社会就是人的行为受法律调整的社会，国家机关的活动依照法律办事的社会，就是法治社会。因此，自由离不开法律，自由就在于对法律的遵守中，政府之活动亦应如此，否则，就不是法治社会。

九、法与平等

洛克曾说过：“每一个人个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所制定的法律。”㊟他认为，公民社会中的任何人都不能免受法律的制裁。

卢梭对于平等的论述是从探寻不平等的起源开始的。他认为，在自然状态下，孤独、自由、善良的野蛮人是平等的，自然状态的解体才产生了不平等。他把人类的不平等的历程划分为三个发展阶段：法律和私有财产的设定是不平等的第一个阶段；官职的设置是第二个阶段；合法权力变成专制的权力是第三个阶段。㊟但他相信，人类终将推翻不平等的社会，实现向平等的复归。他指出：“基本公约并没有摧毁自然的平等，反而以道德的与法律的平等来代替自然所造成的人与人之间的身体上的不平等；从而，人们尽可以在力量上和才智上不平等，但是由于约定并且根据权利，他们却是人人平等的”。㊟可见，他认为人类社会走过了一个从平等到不平等，再到新的平等的一个运动的过程。

卢梭在论述了不平等的起源和所经历的阶段的同时，他还谈到了自由与平等的关系问题。他认为，所有立法体系的最终目的可以归纳为自由与平等。“自由，是因为一切个人的依附都会削弱国家共同体中同样大的一部分力量；平等，是因为没有它，自由便不能存在。”而平等，“这个名词绝不是指权力与财富的程度应当绝对相等；而是说，就权力而言，则它应该不能成为任何暴力，并且只有凭职位与法律才能加以行使；就财富而言，则没有一个公民可以富得足以购买另一人，也没有一个公民穷得不得不出卖自身。这就要求大人物这一方必须要节制财富与权势，而小人物这一方必须节制贪得与婪求”。㊟但是，这种平等是实践中所不可能存在的一种思辨虚构，因为，在坏政府的下面，这种平等只是虚有其表，它只能保持穷人处于贫困，保持富人处于占有。事实上，法律总是有利于享有财富的人，而有害于一无所

有的人，由此可见，唯有当人人都有东西而又没有人能有过多的东西的时候，社会状态才会对人类有益。[注]因此，如果立法者在目标上犯了错误，他所采取的原则不同于由事物的本性所产生的原则，亦即自然与法律二者有分歧的话，则结果将是自然获得胜利，因为自然是不可战胜的。[注]这也就是说，如果统治者在治理目标上没有遵守自然规律，破坏了自然关系与法律上的协调，人们没有了自由和平等，那么这个政权必然会走向动荡与毁灭或是变质。可见，保持社会成员的自由与平等，乃是统治者的最终也是最大的目标。

十、法与公平正义

同其他古典自然法学家一样，霍布斯也把法律与正义联系起来，但是，他虽然认为正义根源于第三条自然法则——信守契约，但是，他所强调和探讨的并不是自然法与正义，而是正义与实在法的关系，并用商品观念——信守契约来理解正义。因为，他认为，正义的真实含义是各得其所，而这只有在有了国家和法律之后，在明确了所有权的社会里才有可能谈论正义的问题，而在自然状态下，是无所谓正义于不正义的，因为，那时还没有你我之分和所有权，不存在吧别人的东西占为己有的不正义的问题，只有在明确了所有权的实在法的社会里才会有正义。他说："没有共同权力的地方就没有法律，而没有法律的地方就无所谓不公正。"[注]因而，他认为："法律就是关于正义与不正义问题的法规，被认为不义的事情没有一种不是和某些法律相冲突的。"[注]他甚至说，任何法律都不可能是不公正的，因为，"法律是主权当局制定的，这种权力当局所作所为的一切都得到了人民中每一个人的担保和承认。人人都愿意如此的事情就没有人能说是不公正的。……良法就是为人民的利益所需而又清晰明确的法律"。[注]

当代西方著名的美国哲学家和新自然法学的主要代表之一罗尔斯（John Rawls，1921—2002年）把正义区分为实质正义、形式正义和程序正义。实质正义又分为社会正义和个人正义，社会正义中他着重论述了政治正义和分配正义。他认为，政治正义就是宪法正义即关乎宪法的制定程序和内容的正义，它包括：一种满足平等自由要求的正义程序和一种正义的和有效的立法制度。他认为，形式正义就是法治。他说："形式正义的观念和有规则的、公平的行政管理的公共规则被运用到法律制度中时，它们就是法治。"形式主义的法治包括四个方面的原则：（1）可行原则；（2）一视同仁原则；（3）法无明文不为罪原则；（4）在司法中的法官独立、公正的原则。注

---

1. 关于斯多葛学派所提出的自然有三个特点四个层面的问题，参见杨适：《古希腊哲学探本》，商务印书馆2003年版，第631—634页。
2. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第387页。
3. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第388页。
4. 【美】杰佛逊：《杰斐逊文选》，商务印书馆1963年版，第7—8页。
5. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第351页。
6. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第684页。
7. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第687页。
8. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第685页。
9. 雅克·马里旦：《人权与自然法》，纽约：Charles Scribner's，1943年版，pp.111—112。
10. lbid.，pp.122—113.
11. lbid.，pp.113—114.

12. 【美】罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第6—7页。

13. 何云鹏：《网络时代人权发展的新特征、新挑战》，来源于光明网2013-09-15 09:15。

14. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第231页。

15. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第237页。

16. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第234页。

17. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第237页。

18. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第237—238页。

19. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第236页。

20. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第240页。

21. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第30页。

22. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第18页。

23. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第31页。

24. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第34页。

25. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第26页。

26. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第36页。

27. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第37页。

28. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第28页和第29页。

29. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第38页。

30. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第38页。

31. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第38—39页。

32. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第39—40页。

33. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第185页。

34. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第185页。

35. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第186—187页。

36. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第15页。

37. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第149页。

38. 【英】洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第101页。

39. 【英】洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第121—122页。

40. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第48页。

41. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第47—48页。

42. 【法】卢梭：《山中来信》，李平沤译，商务印书馆2012年版，第287页。

43. 【法】卢梭：《山中来信》，李平沤译，商务印书馆2012年版，第287页。

44. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第408页。

45. 法学教材编辑部、《西方法律思想史编写组》：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第429页。

46. 【德】康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆1996年版，第187—188页。

47. 【德】康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆1996年版，第124页。

48. 汉斯·凯尔森：《法的纯粹理论》，University of California Press，1967，p.328.

49. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第72页。

50. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第126页。

51. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第127—128页。

52. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第94页。

53. 【英】洛克：《政府论》，瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第59页。

54. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第19页。

55. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第19页。

56. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第20页。

57. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第24页—25页。

58. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第21页。

59. 【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第24页。

60. 【英】洛克：《政府论》，瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第142页。

61. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第53页。

62. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第85页。

63. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第45页。

64. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第109页。

65. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第151页。

66. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第151页。

67. 【奥】尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第115页。

68. 【美】昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章等译，中国政法大学出版社1994年版，第38页。

69. 【美】霍姆斯：《法律的道路》，载《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，明辉译，清华大学出版社2007年版，第211页。

70. 【美】庞德：《法律、道德与正义》，张文伯译，台北监狱印刷厂1959年印，第30页。

71. 【英】哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第203页。

72. 【英】哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第197页。

73. 【美】富勒："实证主义与忠实于法律：答哈特教授"，何作译，载http://article.chinalawwinfo. com/artticle/user/article_display.asp?ArticleID=2465。转引于严存生主编：《西方法律思想史》（第二版），法律出版社2010年版，第398页。

74. 【英】哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第160页。

75. 【英】哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第197页。

76. 【美】富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第55—111页。

77. 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第162页。

78. 【荷】斯宾诺莎：《伦理学》，贺麟译，商务印书馆1991年版，第226页。

79. 【荷】斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第218页注1。

80. 【荷】斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第219页。

81. 【英】洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第16页。

82. 【英】洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第36页。

83. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第184页。

84. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第185页。

85. 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第221页。

86.　【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第222页。
87.　【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆2012年版，第185页。
88.　【法】卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆1982年版，第137页。
89.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第12页。
90.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第20页注②。
91.　【法】卢梭：《山中来信》，李平沤译，商务印书馆2012年版，第223页。
92.　【英】哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店1997年版，第190—191页。
93.　【英】洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第59页。
94.　【法】卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆1982年版，第141页。
95.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第30页。
96.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第66页。
97.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第30页注②。
98.　【法】卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第68页及本页注③。
99.　【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第96页。
100.　【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第206页。
101.　【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第270页。
102.　【美】罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第226—229页。

本章结论

没有理论就没有实践，没有优秀理论的指导，就没有伟大的革命和变革。在我们研究世界法治发展进程之时，如果仅仅关注制度性的变革与发展，而不去认真梳理、研究人类法学思想的脉络，那样的研究不仅是片面的，甚至是有害的。因为，从世界范围来看，自欧洲文艺复兴以来，欧洲涌现出了灿若星辰的伟大的思想家、哲学家和和法学家群体，他们的光辉思想直接指引和影响了自17世纪以来地球上发生的历次革命狂潮；也正是在这些不朽的思想滋养下，人类社会开启了一次又一次具有划时代意义的伟大纪元，人类的法治进程也一步步地步入了一个又一个光鲜的大厅。现在可以断言的是，如果没有这些伟大的思想的照耀，人类社会可能至今仍然在黑暗的世界和无边的痛苦中苦苦挣扎。直至今天，每当我们回味起这些人类先哲们的闪光的思想和精湛、睿智的话语，仍然会令我们茅塞顿开、浮想不已，有些理论和思想甚至对于今天我们的法治实践活动仍然具有深刻的启迪和指导的作用。比如，孟德斯鸠的《论法的精神》，虽然成书于267年前的1748年，但是，他已经开始用对比研究的方法对不同国家的法律体系或法律制度进行了对比、交错的比较研究。其中，除了国家制度和法律制度之外，还广泛地包括经济、教育、宗教、贸易、货币、人口、战争、国际关系等方面的比较研究，尤其是法律制度，几乎包括了各个法律部门，并且对古代希腊、古代罗马、法兰克、英国、法国、中国等国家的法律制度都进行了一定深度的探讨和研究。而且还特别提出，要判断法律中哪些法条最合乎理性，不应当逐条地比较，而应当把它们作为一个整体来研究，也就是要结合各个国家的自然条件、历史状况、人情风俗等，从它们的这个法律体系和部门法体系即法的精神上进行比较。他认为，只有整体比较才能掌握各个具体的法律制度或法律规范的精神实质，如果仅仅从具体条文、文字上进行比

较，就不可能得出实质性的结论。孟德斯鸠一般被认为是历史法学和比较法学的先驱，他所提出并进行的历史地构造法学和比较地分析法律的研究方法，在西方乃至世界法律思想史上占有重要的地位。他的研究方法直接影响到了比较法学的兴起，他是比较法学的先驱和初步尝试者。此外，这些思想家们所提出和论证的诸如政体、国家、政府、平等、自由、公平正义、道德、社会契约等概念和理论体系，都是指导人类由蒙昧、野蛮状态逐步跨入法治文明殿堂的思想来源和精神支柱。没有这些思想理论的指导人类要取得当今的这些法治成就是完全不可想象的。因此，以专章的形式把西方主要的法学思想和理论予以梳理和概括总结，是十分必要的。这些思想和理论是人类法治发展的基石和渊源，如果没有这些思想和理论的指导，人类的法治历程根本无法走到今天。所以，要研究世界范围内法治的发展历程，法学思想和理论这一大块是不能缺少的。如果缺少了这一块，就无法理解和研究在17世纪以来世界政治和法治史上所发生的那一幕幕惊心动魄的历史活剧了。这就是我花费巨大的精力写作本章的基本初衷。

第八章

走向法治

第一节
草地上诞生的宪章

一、大宪章之前的不列颠岛

（一）盎格鲁撒克逊时代

1.习惯法时代

自公元5世纪中期起，随着日耳曼部落侵入不列颠，在不列颠逐渐建立起了一些盎格鲁撒克逊人的王国，到公元10世纪形成了统一的英吉利王国。这一时期被称之为盎格鲁撒克逊时代。在这一时期，由盎格鲁撒克逊人从日耳曼带来的日耳曼习惯法形成了英吉利早期的法律主体。因而，这个时期英吉利法律和法兰克等王国的法律，无论在本质、特点和基本内容上大体一致。这个法律体系的一个最显著的特点或者说共同原则，那就是通过金钱来维护人与人之间的法律关系。其最显著的表现就是：任何犯罪行为都可以用金钱赔偿或者罚款的方式得以解决。杀人可用金钱赔偿。具体做法是用金钱确定每个人的价值：一个王子值1500先令，一个贵族值300先令，下层自由民值100先令，农奴值40—80 先令，家奴则一文不值。这些价值仅仅是每个人的基本价值，各个等级之间相互侵犯，要根据各自所处的社会地位和等级，来具体决定金钱赔偿的数目。如果一个下等自由民杀死一个贵族，他的赔款是贵族杀死一个下等自由民所付赔款的3倍。如果说这样的法律还有平等的话，那就是，即使是王子，如果他犯罪，他也要受到法律 的制裁。对诽谤者的惩罚是割掉其舌头，如果一个王子犯了诽

谤罪，他的舌头的价值是贵族身价的5倍，是自由民的15倍，王子只有如数交纳了罚金，才能保住自己的舌头。

除了法律制度之外，盎格鲁撒克逊各王国还保存了日耳曼的“从士”和土地制度。从士制度的具体内容是，一些职业武士效忠于领主，为他在与其他领主的争斗中参加战斗，这种义务或者说附属关系逐渐演变为一种附随于土地的义务。当时不仅国王而且各个贵族也都拥有效忠于自己的这种附随于土地的武士。但是这种武士并非完全是本书第五章所描述过的封臣的身份，严格地讲，他们的身份地位要低于封臣，这种从士仅仅类似于日本的武士的地位，他们是领主们为了从事战争的需要而设立的一种特殊的制度。盎格鲁撒克逊时代的土地分为习惯地、封地和租赁地。习惯地是根据以往的习惯保有的对于土地的权利，封地是国王或贵族分封的土地，但是，这种分封并没有导致出现欧洲大陆那种封建的效忠和相应的义务，习惯地和封地都可以出租为租赁地。租赁地没有固定的租赁期限。

在此时期，盎格鲁撒克逊人的原始氏族社会开始解体，王和贵族已经出现，封建土地私有制逐渐取代了原始土地公有制。但是，早期的风俗习惯在调整社会关系和社会秩序的建构中，仍然起着极为重要的作用。

2.成文法的出现

除了习惯法外，从7世纪起，随着诸部族国家的建立和发展，英吉利国家开始将早期以口耳相传为传载方式的习惯变成成文法典的尝试。盎格鲁撒克逊时期最早的成文立法为约600年由肯特王国颁布的《埃塞尔伯特法典》。该法典以轨道详细的伤害赔偿表而著称于世，主要内容是关于侵害人身或财产行为及其惩罚。此后，盎格鲁撒克逊先后颁布了11部成文法典，如694年威塞克斯王国颁布的《伊尼法典》、890年阿尔弗烈德大帝制定的《阿尔弗烈德法典》、1018年颁布的《克努特法典》等。这些法典都是用英文写成的，主要局限于刑罚方面，且并没有容纳习惯法的全部内容，那时的成文法仅仅是习惯法

的一部分，直至1066年诺曼人征服英吉利之前，英吉利王国法律的主要渊源仍然是习惯法，在这些法律中，国王与教会、行政与司法、民事过错与刑事犯罪，都没有作明确的区分，宣誓和神明裁判为主要的诉讼形式，各部落和地区均在适用各自的法律，不列颠全境尚没有统一的普通法。因此，盎格鲁撒克逊时代的所谓法典编纂与现代意义上的法典编纂完全不是一个概念，它仅仅是对于习惯法的一种完全不完整的汇编活动，成为法典实质上是习惯法的组成部分，完全没有独立的特性。在那时，法被视为部落民众通过口耳相传的习惯，法只能被发现而不是被制定；有关案件的判决被称为"宣示法律"，而法官即"宣示者"，民众是司法的参与者，司法活动被看做是宣示法律的最佳形式，判决本身即"宣示法律"的过程，判决的结果本身也即所谓的法律。因此，在不列颠人的眼中，法律不是人的意志所能够左右的，法官只不过是在适用既存的规则，而非在执行君主的意志。这种对于法律的认识，深深地影响了后世普通法以判例为主且遵循先例的原则，也造就了"国王在法律之下"这种法治理念的形成和发展。总之，盎格鲁撒克逊人的对于习惯法的崇敬以及对于成文法典编纂和司法实践活动，为日后英国法治的逐步形成和发展奠定了基础。

（二）诺曼征服及其影响

1.诺曼征服

盎格鲁撒克逊时代末期的爱德华统治的末年，英格兰的社会、道德、政治、司法和军事等各种制度都有已经衰落不堪。当时的撒克逊人所面临的情形是，国内派系纷争不已，海外势力虎视眈眈。斯堪的纳维亚人企图在英格兰恢复卡纽特帝国，诺曼人则声称他们的公爵威廉曾经得到他的表弟爱德华以王位相传的诺言。

1066年爱德华去世，贤人会议推举威赛克斯伯爵哈罗德为英格兰国王。诺曼底公爵威廉闻讯立即率军进攻英格兰，在黑斯廷斯战役中

击败并杀死了哈罗德，并于当年圣诞节在威斯敏斯特大教堂加冕为王，是为征服者威廉，此事件史称“诺曼征服”。

2.诺曼征服的影响

1066年的诺曼人征服英国，在英国法治史上具有十分重大的意义，它是英国法治发展的一个转折点——自此之后英格兰开始了封建化的过程。具体表现在：

（1）形成了封建土地保有制。威廉将征服得到的土地分封给自己的亲信，这些人就成为她的直属封臣，而底层民众对于被征服的感觉并不强烈，在他们的眼里，威廉征服带来的唯一改变仅仅是土地的主人由原来的盎格鲁撒克逊贵族换成了诺曼人，但实质上土地制度性质已经较之以往发生了巨大的变化，形成了封建土地保有制。诺曼征服后的英格兰所有的保有地都源自于国王，因此，自此以后，任何人都必须有自己的领主。

（2）诺曼征服后的英国封建制仅限于土地和私法领域，但在政治上，国王的权力非常强大，事实上，自诺曼征服之后，英格兰王权在不断地得到强化的同时，也日益地处在被削弱的境况，虽然英格兰王权在当时的西欧曾被看作是最强大的王权。

首先，诺曼人设置了王廷。其看起来与盎格鲁撒克逊时代的贤人会议相似，但其已与前者有着完全不同的意义。贤人会议是由各僧俗贵族参与的大集会，带有某种公共性质。其由国王主持，贵族、自治市镇的行政长官等可以出席，但平民阶层则无权出席会议。会议负责制定法律和决定征税的那个重大事项，甚至在必要的时候行使罢免国王的权力。会议的性质类似于日耳曼早期的民众集会或贵族会议。但是，王廷则存在由众多贵族组成的大会议和由国王的近臣组成的小会议。大会议讨论决定一些重大事项，不经常召开，小会议负责日常的政府工作，是一种常设的机构。按照英国的封建制度，大会议应当由所有的直属封臣组成，但是由于直接受封的人特别多，以至于实际上

不可能召集这样大规模的会议来处理政务，这才有了小会议的设置，其组成人员包括宰相、中书令等主要官员。而这两种会议一律贯以王廷的名称，两种会议所作的决定也都是以王廷的名义发布。但是，对于当时出席王廷会议的贵族并非把出席会议看作一种荣耀，而是看作一种义务、一种责任和负担，因为，会议所作出的决定往往所涉及的是与贵族们的私利密切相连的利益，它决定和处理财政的、行政的、军事的、司法的各种事务和问题，贵族们参会使希望尽可能保护自己的利益。他们所施行的会议制本质上也是一种中央集权的管理体制。只不过是其所代表的既是一种国家利益，而更多的则是贵族们的私人利益。

其次，分化王廷职能，设置众多机构。由于王廷是一种未区分职能的统一的行政机构，其工作效率越来越不能满足日益复杂的政务的需要，于是，王廷逐渐设置了众多的机构以分别承担不同的政务。这些机构主要有：负责管理赋税、解决债务纠纷和国库的财政署；代表国王受理一切王廷有权管辖的案件的巡回法官；在某一特定地点审理普通诉讼案件的的普通诉讼法院；随同国王巡游各地，负责处理各种政务的王座法院；负责掌管国玺、起草各种文件，后来发展成为大法官法院的中书省；有别于王廷的、由各种阶层共同参加的大会议，后来发展成为立法机关的议会；直接代表了国王意志，由国王的官员们组成的、后来成为了星宫法院的咨议院。

王廷分化的直接结果是制约和削弱了王权，在议会产生之后，国王所能够直接控制的机构仅限于咨议院。而王权的强弱在每个不同时期也是不完全一样的，这直接取决于国王的能力和威望，如果国王强势，他可以控制的机构就多些；如果国王弱势，他也就可能失去很多权力。被迫签署了《大宪章》的英王约翰，就属于弱势的英王。如果是换成其前任的金雀花王朝各位强势国王，《大宪章》是无论如何也无法出台的。因此，英王权力的强弱，取决于英王的能力和是否强势国王。但不可否认的是，英格兰的贵族们通过王廷分化这一方式有效

地限制和防止了王权的绝对集中和可能出现的国王独裁的局面的发生。

（3）创立了普通法帝国

诺曼征服之后，在全英格兰建立起了全国统一的王室司法体系，普通法及其法院得到了历史性的发展。从而形成了英国中央法院、普通法和职业法官阶层的形成。

如前所述，英格兰的王廷在决定和处理财政的、行政的、军事的事务的同时，也具有司法职能。但是，起初王廷所处理的司法案件仅限于一些重大案件，后来，亨利一世时期，他将王廷的司法职能分离出来，设立了专事王室财政税收案件的专门机构——理财法院，他派出司法长官，到全国各地去巡回，国王本人也经常去巡视、监督，而且，国王派遣的地方最高法官参与所有与王室利益有关的案件的审理。他们以国王的名义在地方主持法庭。国王在处理纠纷时由于少受地方领主的偏见和利益的干扰，所以普通民众开始疏远当地的领主而更愿意到国王那里去寻求正义。而且，国王享有至高无上的权威，国王的判决在全英国都有效，随着时间的推移，这些皇家的判决慢慢地形成一个独特的类别，这类判决不论当事人所在郡县的习惯而普遍适用于所有的英国人，所以，这类皇家判决和由此延伸出来的规则逐步被称为普通法。

在早期，如果某人欲寻求国王在司法上的帮助，该人必须找到国王本人，但这并非一件容易的事情，然而向国王的代表寻求以国王的名义做出的正义判决就要方便得多了。于是，从12世纪起，国王开始任命巡回法官，代表国王巡视全国，是审理和解决纠纷，英国自此被划分为一系列巡区。这种司法方式在英国一直沿用至20世纪70年代。同时，为了适应司法事务的日益繁忙，一群职业法官应运而生，他们专门审理普通人之间的纠纷，这就是普通诉讼法院。而且，根据《大宪章》，普通诉讼法院不随国王行动，而是在一个固定的地点审案。

这个固定地点就在威斯敏斯特，普通诉讼法院一直在该地审案直到1875年以后才被终止。

除了普通诉讼法院之外，英国还设有另外一种财务法院，专门审理有关皇家财政收入的纠纷，由于该法院用格子图案的布做台布，该法院也被称作格子法院，至今英国财政大臣还被称作格子大臣。另外，还有一些顾问继续随国王行动，这些顾问又分为以国王的名义对具体的纠纷解决提出建议和对总体有关政策的问题提出建议的两类。后者逐渐被称为国王委员会，前者则叫做王座法院，专门审理涉及国王本人或皇家利益的案件。这样一来，普通诉讼法院、财务法院和王座法院这三类法院统称为普通法法院，这三个法院形成了独特的以普通法著称的英国司法体制。

英国普通法法院启动诉讼程序的最主要的标志就是令状，令状就是今天所说的标准诉状，每个类别的诉讼使用一种诉状。令状是国王的一种书面命令，它命令国王在郡县的代表——行政司法官，将某人带到法庭回答对他的指控。原告要从国王的司法官那里购买令状，诉讼程序通过代表国王权力的令状启动。令状制度是普通法体系的一个最显著的特征，它非常拘泥于程序规则。能否向国王的法庭起诉完全取决于是否有一种令状。实质上，令状只不过是普通诉状的一种古老的叫法，或法院发出的某种文件，但在某些普通法的司法辖区内，至今它仍是一种特定的诉状。

但是，在早期的普通法法院，由于国王和他的代表缺乏知识，往往仍然使用神裁法来审理案件，如用开水或烙铁烫手，若受伤的手在一定期限内愈合，那么就表明上帝认为该人无罪。神裁法直到1215年才被废止，因为教会禁止神父参与审判。在非刑事案件中仍然采用决斗的方式，无力自己亲自参加决斗的人，如妇女、老人，可以雇佣角斗士代表他们参与决斗。当然这种方式自13世纪以来已很少使用，后为成文法所废止。除了神裁法和决斗之外，还有一种诉讼方式——宣

誓断诉法被告，即被告可以召集一系列证人在《圣经》下法庭宣誓，以支持被告对事实的陈述并驳斥指控。

12世纪中期以后，素有“英格兰习惯法之父”的亨利二世（Henrry II，1154—1189年）进一步改革完善了法院体系。首先，分设出了专门处理民刑事案件的普通诉讼法院、财务法院、民书诉讼高等法院和王座法院，分别审理财政、民事和刑事案件。在王座法院里，国王经常亲自和法官一起审判，这使得它具有广泛的刑事案件管辖权，还拥有经民事诉讼高等法院同意的民事案件管辖权，以及监督所有低级法院活动的权力，它也有权发布执行令、禁止令和复审令等，有权发布人身保护令状，命令下级法院执行。其次，确立巡回审判制度。1179年亨利二世颁布《温莎诏令》变巡回审判为一种定期的制度。从1179年开始，国王每年向各巡回区派遣巡回法官，代表国王行使正义。亨利本人也经常巡视全国，审理各地的案件。被委派到各地巡回审判的法官，在办案时除了一句国王的诏书、命令外，还依据日耳曼人的习惯法。他们从全国各地回到威斯敏斯特后在一起共同分析案例，商讨适用的法律，总结办案经验，逐渐形成一些司法的一般的、普遍的原则和制度。巡回法官的判决高于地方法院适用的习惯，王座法院的判决则具有最高的效力。这样便逐渐促进了英国法律的统一，形成了全国通用的习惯法，即普通法。最后，确立陪审制度。1164年，亨利二世颁布《克拉灵顿诏令》，规定王座法院的巡回法官在各地审理土地纠纷时，从当地的骑士和自由农民中选拔12名誉当事人无关的知情人做证人，经宣誓后向法庭提供证言，以确定哪一方当事人提出的理由充分。这12名证人就是陪审员。如果陪审员们的证言一致，案件便据以宣判；否则，就要重新增选陪审员，直到某种意见得到12人证实为止。1166年，亨利二世再次发布《克拉灵顿诏令》，规定凡属重大刑事案件，如暗杀、强盗、抢劫、窝藏罪犯、伪造货币和文件、纵火等刑事案件，都应由当地政府和12名陪审员向法庭控告，他们既要证明犯罪事实的存在，还要呈请法庭将被告逮捕审判。陪审员实际上起着证人和公诉人的双重作用和职责。

至此，普通法帝国的框架和基本结构已经初步建立起来。英国法系独有的特征也初步地显现了出来。

二、大宪章

（一）大宪章诞生的背景

1189年，亨利二世（Henry II Curmantle，1133—1189年，英格兰国王，1154—1189年在位）去世，其子查理一世（理查德Richard I of England，1157—1199年，继任英王之位后称“理查一世”。因其在战争中总是一马当先，犹如狮子般勇猛，因此得到“狮心王”Lionheart的称号）即位。1199年，查理一世的弟弟约翰（King John，1167—1216年，英格兰国王，1199—1216年在位）即位。他做了以下几件对于他和英国产生了巨大影响的事情：

其一，自任英国最高的模范司法官，总揽一切政治、经济和军事大权。

其二，任意没收附庸的领地，干涉领主法庭的审判权力。

其三，为筹集对法国作战的资金，额外增加捐税。

其四，发布法令规定，凡是农民死后土地财产没有继承人的，一律归国王所有。

其五，随意告发人民有罪，然后再让被告发的人以高价购买赎身券；

其六，在1214年的英法战争中，被法王腓力二世击败，狼狈逃回英国。

其七，1215年初，当诸侯去见他并提出自己的要求时，遭到拒绝。

他所做的所有这一切都激起了封建主、诸侯、教会和人民的强烈不满。于是才有了那部被称之为“英国人民自由契约”、全人类历史上的第一部宪法——《大宪章》。

（二）大宪章诞生的经过

1215年6月15日清晨，几十个全副武装的贵族齐聚位于伦敦西北30公里处的泰晤士河畔的拥有众多巍峨城堡、风景如画的温莎堡的兰尼米德（Runny Mede）草地上，要向国王约翰递交一份请愿书，要求国王保证：从今以后，遵守契约，遵守法律，不得再随意地侵犯贵族们的权利和利益。他们在来之前是做好充分准备的：他们的随从和一大队铁甲骑兵隐伏在附近的树林里，万一他们和国王这次谈判破裂，他们就会向会场发起冲锋，以武力迫使国王接受他们的要求。

上午9时，一支小马队出现在人们的视线里，约翰国王、教皇使节、坎特伯雷大主教和一小队国王卫士一行来到了草地边上。约翰国王在草地上漫不经心地下了马，一个年长的贵族代表迎上前去，简要地和国王说了几句话，并恭敬地向国王献上了一小卷羊皮纸。约翰王展开那卷羊皮纸，大略地浏览了一下，在经过短暂的静默和肃穆之后，国王看着羊皮卷轻轻地点了点头，表示了同意，并把这卷羊皮卷转给了他身后的大法官，随后，国王转身上马，默默地离开了这片绿草地，返回了温莎堡。4天后，以这卷羊皮纸为蓝本的，经大法官们修饰敲定的“英国人民自由契约”——《大宪章》（拉丁文：Magna Carta，英文：Great Charter）诞生了。

（三）大宪章的主要内容

《大宪章》由序言和63条条文组成，涉及的问题很多，主要的内容包括：注

1.确保封建领主们自己的自由和权利

《大宪章》第1条开宗明义地规定，教会的自由和权利不受侵犯。第2条和第3条规定，伯爵、男爵或武士等贵族身故时，其继承人只要缴纳了旧有之采地的继承税后，即有权享有亡故者的遗产。第4、5条规定了对于未成年继承人的土地之管理人员之职责以及继承人所应当享有的权利。第7、8条规定了寡妇对其本夫身后的财产权。第9条则规定了对债务人的利益之保护，明确了保人的权利和义务。第13条规定，应承认伦敦及其他城市拥有自由和习惯之权。第16条又明确规定，对于凡服务于武士采地或其他自由保有地之人不得强迫其服额外之劳役。

2.限制国王的权力

《大宪章》第12、14条明确规定，除了国王赎回自身之身体所需者、国王之长子受封武士时所需者、国王之长女出嫁时所需者之外，国王不得征收代役税或贡金，只有在获得全国公意所许可的情形之下，方可征收税赋；即使是得到民意之许可，国王在征税之前应以诏书的形式于规定日期（至少40日内）及规定的地点召集各大主教、主教、长者、伯爵、男爵及各郡长和其他长官，进行讨论决定，并得到全体出席人之同意，并不得以缺席人数阻延之。为了保证国王遵守《大宪章》，第61条专门规定了国民对于国王的监督权，规定，贵族可以任意从国中推举25位男爵，此25人应尽力遵守维护国王所颁赐的《大宪章》所认可的和平与特权；如果国王或者国王的官员，对任何人有所违反或破坏任何承诺和约定，而被这25人中的4人发觉时，该4人可直至国王或者大法官的面前直面陈述国王的错误，并有权奏请国王立即改正错误；如果国王或者大法官于知道错误后40日内仍未改正错误，该4人则应将此事交与其他21人一起讨论，并于全国人民以其权力对国王施以抑制与压迫，比如可以夺取国王的城堡、土地与财产，直至该项错误已经依照大家意见改正时为止；国王改正错误后，国王与臣民间的君臣关系方可回复如初。第62条庄严宣告，国王赦免并宽恕此前与国王发生争斗的所有臣民的一切罪过。第63条国王郑重地向天下宣示：英国教会应予自由，英国人民应安然、泰然，全然享受上

述之一切自由权，权利与特权，近及其身远及后嗣；凡事凡地，永保有之。最后，国王与各诸侯共同发誓，要以善意遵守上述之规定，皇天后土，实鉴临之。

3.确立了基本的司法制度和原则

《大宪章》自第17条至22条规定了民事诉讼的受理法院，及其刑事处罚的基本原则。如第17、18条规定，普通法院不受封建领主法院的影响，但应固定在确定的地点。这实际上确定了普通法院为固定的法院，其成为了处理司法事务的专门机构；特定的普通诉讼应当在地方上处理以满足地方管理的需要，而不是送到王廷处理。同时规定了三种占有令状——收回土地、收回遗产和最后举荐，相关案件须在事发地的郡里审理，每年开庭四次，由本郡指派四名骑士协助两名法官审理。这实际上区分了行政与司法的机构与职能，明确了司法机构的地位和职责。为了确保司法工作的质量和公正得以确实地实现，第45条还明确规定，除非具有法律智识并愿意遵守法律者外，国王不得以任何人为法官、监军保安官、郡长或执行力吏。

4.限制了贵族的权力

《大宪章》第15条规定，除了贵族赎回其自身之身体所需者、该贵族长子受封武士时所需者、该贵族长女出嫁时所需者之外，国王不得准许任何贵族嗣后征收自由民任何贡金，即使符合上述三种例外情形可以征收，其贡金之定额也务求适当。

5. 明确了臣民的自由和权利

《大宪章》第38条至42条以及第44条，明确规定了臣民所应当享有的基本权利，比如，凡没有可靠之证据，不但单凭个人之主张将任何人置之于法；凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权，或加以放逐、伤害、搜索或逮捕；国王不得对任何人滥用，拒绝或延搁权利或赏罚；一切商人，除在战时并未敌国之人外，均得遵道或水道安全

出入，逗留或经过英国以经营商业，并得免缴一切苛捐杂税，惟其遵从旧时正当之习惯；即使是敌国的商人，只要敌国未对本国商人采取不利的措施，对于敌国商人应予以扣留，但不得伤害其身体与货物；如本国之商人在敌国安全无恙，敌国之商人在英国亦得安全无恙。在这里，实际上已经明确规定了“未经审判不得限制和伤害任何公民的人身自由和身体”的法治原则。

可见，《大宪章》的主要内容是限制国王权力，保障教会与世俗贵族的经济、政治和司法特权不受侵犯，同时也明确了作为臣民应当享有的基本权利。

（四）大宪章的历史意义和影响

《大宪章》是欧洲封建时代鼎盛时期颁布的封建性法律文献，其大多数条款旨在重申国王的权限和贵族的封建权利，它无疑是套在王权脖子上的一道枷锁，其基本精神是限制王权，置王权于法律之下。但是，其基本原则却逐渐被承认为英国法律的基础，成为指导英国政治生活的最基本的文件。在它颁布后的100年里，它被重新颁布了38次，虽然其间作过一些重大的修改，但是仍然保持了它的原来本色。后来它似乎被人们遗忘了。直至400多年后，新兴的资产阶级和新贵族再次把《大宪章》的原则予以了新的引申、贯彻和发展，使得这个原来被封建贵族用来限制王权的封建性文件，成为资产阶级限制和反对王权的有力武器，甚至成为了英国资产阶级革命胜利后确立君主立宪政体的宪法性文件之一。也正因为如此，《大宪章》才被称之为“自由大宪章”、“英国自由的奠基石”。直至今天，其仍作为英国宪法的组成部分而受到英国的高度重视。其所涵盖维护自由和权利的重要理念，在西方各国的宪法和美国宪法及其各州宪法中，都可以看到。当今世界主要国家所遵循的宪政原则中，也能够看到这部诞生于800年前的封建文件的内容和影响。所以，那种认为英国宪政起源于《大宪章》的签署的观点是完全有道理的，甚至可以说，《大宪章》的签署也是世

界宪政运动的起源和基础。其在世界宪政史上具有划时代意义的地位和作用。

2015年是《大宪章》颁布800周年。大英图书馆从2015年3月13日起，开启了主题为“大宪章：法律、自由、遗产”（Magna Carta：Law，Liberty，Legacy）的展览，纪念《大宪章》签署800周年。时至如今，《大宪章》仍有三项条文在当今的英国法律中使用：保护英国教会的独立性，保护伦敦金融城以及其他城镇的权利，最重要的一条——未经同级贵族的判决，国王不得任意逮捕或监禁任何自由人或没收他们的财产。这些条文使英国《大宪章》日后成为英国君主立宪制的法律基石。

此次展览汇集了200多件展品，包括中世纪手稿、历史档案、画、图纸、书本以及影像资料等。展览从1215年6月文件签署开始叙事，讲述了《大宪章》的中世纪起源和历史传承以及如何逐步演化成自由的象征。最后一间展厅里有一件“镇馆之宝”——两份幸存的《大宪章》原稿。为了确保文档不受到损害，展厅的灯光调至昏暗。其中一份曾经在280多年前的一场大火中被烧毁。2014年，研究人员使用一种多光谱成像技术，对烧焦的羊皮纸上的文字进行了恢复。

在展览中，除了两份原稿，另外引人注目的是美国历史上最具标志性的两份文件——托马斯·杰斐逊1776的手写珍本《独立宣言》和美国《权利法案》。这两份分别收藏于纽约公共图书馆和美国国家档案馆的文件是首次来英国。杰斐逊在起草《独立宣言》时深受《大宪章》影响。其他展出的受《大宪章》影响的标志性文件还有《权利请愿书》（1628年）、英国《权利法案》（1689年）和《世界人权宣言》（1948年）。与这些重要文件一同展出的还包括从伍斯特大教堂借来的约翰王的两颗臼齿和拇指骨。

三、衡平法

（一）衡平法的本意及其来源

英语中的equity一词源于拉丁文aequitate，原指平均，后又衍生出公平、正义之意，现在这两个字都有衡平、公正之意，Equity直接译为衡平法。衡平法一词首次出现在13世纪的英国，当时是指通过大法官的司法活动创设的旨在对普通法的不足之处予以补救和补充的一整套独立于普通法的原则、规则和司法体系。衡平法的基本含义可以用自然法的理论加以涵盖，可以把它理解为是自然法的具体化或自然正义原则对于人为法的匡正、补充或改进和完善，也就是在人们认为人为法已经无法满足或者实现人们对于正义、公平的追求的情况下，所遵从的一种法律原则或者理念，其主要功能就是对于普通法的补救和完善。它起源于英国民众对于国王的权威的信任和遵从。

自13世纪起，英国国王每天都要接到越来越多的人的申诉，这些向国王申诉的人们是普通法法庭上得不到法律保护的当事人，他们企图请求国王为他们主持正义，因为，在当时人们的观念中，国王是公平、正义的化身和最终裁决者。开始的时候，国王总是亲自审理这些案件，后来终因不堪重负而将此重任交给了大法官。大法官则以国王赋予的最高司法权为依据，根据公平、正义等衡平原则对这些案件进行独立的审理。随着办案经验的不断丰富，逐步形成了一种不同于普通法的判例形式和体系，衡平法自此产生。到14世纪中期，根据一项条例的规定，由大法官主持审理案件的庭审机构大法官庭被正式列入英国皇家法院系统，14世纪末期，王室的一项训令规定，大法官管辖的案件均应直接送交大法官庭审理，至此，大法官庭才开始具备了衡平法院的基本性质和功能。到15世纪后半期，随着衡平法的案件的住家增多，最终形成了完全独立于普通法院，并与之平行的另一个独立的司法系统——衡平法法院。这样一来，就出现了如果案件当事人觉得在普通法法院中得不到正义，就转而寻求衡平法法院的保护的情况。

但是，如果追根溯源的话，英国这种双重的法律结构模式来源于罗马法。在罗马法中，市民法代表了稳定的法律机制，而大裁判官和法学家对于法律的解答，则代表了法律的灵活性的机制。英国虽然没有从法的形式上继受罗马法，但是，却继受了罗马法的创立者——罗马法学家们所富有的创新、务实、勤勉、传承、敬业、正义感、开放和理性的精神。

（二）衡平法的基本准则

衡平法所遵循的具体准则有：在普通法无补救时给予衡平法上的补救；遵守法律；向衡平法院提出请求的人必须没有违法行为；寻求衡平法救济的人不得对被告采取不公平的行动；重实质内容而轻形式要件；可以对人一定行为，而非像普通法那样只能对物采取行动；注不帮助怠于行使自己权利的人；在衡平权利时法律上的权利占优先地位；平等即公平；等等。

（三）衡平法法院

衡平法法院与普通法法院一个非常显著的不同点就是，普通法法院是依据普通法，即制定法为审理的依据；而衡平法法院则由法官凭良心判案。它不实行陪审制，由大法官独自进行审理，自由裁量的余地很大，每个大法官对于同一类案件的判决的差别也很大。它与普通法法院完全相区别，人们只要觉得在普通法法院没有得到正义或则公平的判决，就会立即寻求衡平法法院大法官的救助，人们实质上把衡平法法院作为对于普通法法院判决的一种纠偏和补救。

在审理案件的过程中，衡平法法院逐渐形成了一套属于衡平法自己独有的程序准则：诉讼的开始不用起始令状而用没有固定格式的起诉书；如果被告对大法官发出的传票置之不理，将会面临被以藐视法庭罪的罪名而遭到拘押的危险；大法官集审判官与陪审团两种角色于一身；等等。

（四）衡平法与普通法的关系

在英国人的眼里，衡平法与普通法之间是一种衡平法对普通法的纠偏与补救的关系。二者采取的原则不同，普通法以习惯法和判例为原则；而衡平法则是凭公平、正义和良心来判案。二者的救助方式不同，普通法的救助方式主要是损害赔偿；而衡平法则强调禁止命令，甚至可以对被告人采取监禁措施。二者的诉讼程序不同，普通法法院实行陪审制，当事人也一定要到庭参与诉讼，而且提倡口头辩论，对于诉状的语言表达水平的要求很高；而衡平法法院则不采取陪审制，也不要求当事人出庭，其诉状可以用比较通俗的语言书写即可，提倡书面审理。

从法治发展的历程来看，衡平法的出现在客观上促进了普通法的改革和进步的历程。普通法面对于衡平法的强有力的竞争的压力，总是不断地从衡平法中汲取有益的营养，不断地丰富和完善自己。比如，原来，普通法仅承认有签字人盖章的正式契约的合法性，对于简易契约则不予保护。而民间大量和主要存在的是简易契约。衡平法则从缔约人应当遵守誓言、诚实信用的原则出发，自始就承认简易契约的法律效力，从而吸引了大量民间简易契约案件。为了扭转这种被动的局面，普通法法院将违约之诉运用于简易契约案件，即开始给予遵守简易契约的缔约人予以法律上的保护，而要求违反简易契约的缔约人给予无过错一方以赔偿。再比如，在18世纪之前，商法一直属于衡平法的范畴，但进入18世纪之后，随着商业活动的日益繁盛，商事案件也急剧增多，衡平法法院自然获得了大显身手的用武之地。在这一巨大压力之下，普通法法院也不得不把大量的商业习惯引入普通法体系之内，进而将整个商法也融入了普通法体系之内。而衡平法也将普通法遵循先例的原则引入了衡平法体系。正是二者间不断地相互竞争与渗透才促使英国法系获得了不断地进步与发展。也造就了英国法律体系中所独有的普通法与衡平法双重并行不悖的英国特色。但是，普通法与衡平法之间也并非完全平等、完全独立的关系，衡平法要以普

通法的存在为前提，如果没有了普通法，衡平法将不复存在；而如果没有了衡平法，普通法则依然完好无损。二者是主从依附的关系。但是，二者也并非完全地融为一体。虽然经过19世纪的司法改革，衡平法庭和普通法庭合并在一起，但是二者在权利、义务和救济方法上的不同和对立仍然是保持着的。因为，这种双重结构模式有利于及时地调节法律的稳定性与灵活性之间的矛盾。衡平法产生后，通过对普通法的纠偏和补救的作用，减缓了普通法的保守性和滞后性，而增加了它的灵活性和适应性。二者互为补充，相互作用，共同构成了一个和谐的法治体系。其共同目的是维护法治的统一和社会秩序的稳定，以实现法治的最终目标——促进人类和社会的发展。

四、法的移植

（一）移植的方式

自16世纪以后，随着英国先后打败西班牙、荷兰、法国等国的海军之后，英国一跃而成为了世界海上霸主，在其推行殖民政策和殖民统治的过程中，将英国法强行向殖民地移植。其移植的方式有以下几类：

1.自动生效

每当占领或控制一个殖民地之后，即宣布英国法自动在该地区生效。

2.颁布专门的法律

通过颁布一些专门适用于殖民地的法律，宣布该地原来的法律失效。例如，根据1865年颁布的《殖民地效力法》的规定，一切与英国法相抵触的殖民地立法无效。

3.严格监督

英国政府经常以殖民地立法与英国法原则相抵触为由，由枢密院司法委员会宣布殖民地原有法律无效。

4.控制上述管辖权

枢密院司法委员会对殖民地案件具有最终上诉管辖权，枢密院司法委员会对于殖民地上诉至枢密院司法委员会的案件的判决，殖民地法院无权变更。

5.判决约束力

英国上院和高等法院的判决对殖民地的法院具有约束力。

通过这些方式，英国把它的法律、司法制度、法治理念和精神移植和传播给它的所有的殖民地。但是，这种移植和传播带有极大的强制性，因此，这种对于法律及其文化的移植和传播，无疑是建立在侵略基础之上的一种强制灌输和文化入侵。

在移植和传播方式上，英国法与大陆法的传播途径和方式截然不同。

欧洲大陆各国在接受罗马法的过程中，是以意大利为始点，在各国相继展开，并没有形成一个绝对的中心。然后，大陆法分别由法国、德国、荷兰、西班牙和葡萄牙等国家带入各殖民地。在传播的过程中，每个国家都根据自己的情况，逐渐形成了各自的圈子，而且，他们各自都通行着欧洲大陆国家的多种语言。而英国法的传播则更带有明显的移植和灌输的特征，其移植的过程始终以英国为中心展开，而且英国法的移植，始终是伴随着对英国语言文化的移植而移植的，其结果是英美法系的成员国基本上是讲英语或流行英语的国家，于是，英语成为了英国向外移植和灌输英国法的重要媒介和工具。因而可以说，英国在向外移植和灌输其法律文化的过程也就是英国向外灌输其本土语言文化的过程，正是二者的相得益彰，互相作用和影响，才导致英美法系国家对于英国法律和文化的认知度和长久性，要大大地高于大陆法系各国对于欧洲大陆国家法律和文化的认知度和长久

性，这也就是在20世纪上半叶以来掀起的那场影响至今的殖民地独立革命的浪潮的冲击下，原属英国法系的国家纷纷主动要求独立或者完全独立的国家的数量要远远少于原属大陆法系国家的根本原因之所在。在现今发达的西方各国中，美国、加拿大、澳大利亚、新西兰和中国香港等地区，在继续适用英国法的基本内容、精神、原则的同时，英语同样是他们的官方语言。就连印度这样的并非发达的国家，受到英美良好教育的、操英语的精英层和英国法仍然是统治他们社会的支柱。这也可以看做是英国在向外灌输和移植其本土法律制度和法律文化过程中的一个伟大的成功，或者说是一个最大的特点。

（二）移植的结果

英国法的移植直接结果就是出现了英美法割据天下的局面。“英国法”（English Law）这个词如果从严格意义上讲仅指英格兰、威尔士的法律，而不包括苏格兰和北爱尔兰的法律。美国曾是英国的殖民地，但是结果18世纪的独立战争建立起了自己的国家，但是，由于英美两国具有着共同的文化传统，虽然在英国法适用的问题上也存在过争论，最后仍以英国普通法为基础创立了新的法律。两国在法律风格、用语和概念等方面仍有着许多相似之处，于是，人们将英美两国的法律归为同一法系，习惯上合称为英美法系。但是，经历了200年的独立发展，美国法又不完全同于英国法，它有着自己独到的特征和内容，实际上英美法系也分为英国法和美国法两个支系。到目前为止，英美法系的成员遍及五大洲，它们是，欧洲：英国、爱尔兰；美洲：美国、加拿大；大洋洲：澳大利亚、新西兰；亚洲：印度、马来西亚、新加坡、中国香港地区、巴基斯坦；非洲：冈比亚、尼日利亚、加纳、肯尼亚、乌干达、赞比亚、利比里亚；等等。在这一法系中，英国法是基础，英国、美国、澳大利亚、加拿大和新西兰是骨干。

英美法系素以具有普通法为基础、遵循先例、重程序传统、注重法律人的作用、法律体系庞杂等公认的特征而著称，但是，随着世界

政治经济的日益发展和各国之间交往的日益加强，英美法系逐渐出现了新的发展趋势，这种趋势就是英美法系与大陆法系之间逐步走向融合，比如，英美法系的制定法增加、两大法系的法律渊源互相接近甚至混同、两大法系呈日益融合的趋势，但又都竭力保持各自固有的特色。但是，我认为，这种固有的特色最终会逐渐相互淡化而走向融合。比如，作为大陆法系的中国，早在2002年就推出了先例判决制度。[注]该制度的主要内容是：法院和法官作出的正确的生效的判决，对今后同类案件的审判具有约束力，从而规范法官的自由裁量权，实现一定范围内司法的统一。其具体包括了案例遴选、先例判决的发布和汇编、新旧案例判决的更替等具体操作办法。

2010年11月26日中国最高人民法院发布了《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号），该规定明确指出，为总结审判经验，统一法律适用，提高审判质量，维护司法公正，根据《中华人民共和国人民法院组织法》等法律规定，就开展案例指导工作，制定本规定。该《规定》规定了案例指导工作的具体操作办法：首先，由最高人民法院确定并统一发布对全国法院审判、执行工作具有指导作用的指导性案例。这里所称指导性案例是指裁判已经发生法律效力，并符合法定条件的案例。这些案例包括：（1）社会广泛关注的；（2）法律规定比较原则的；（3）具有典型性的；（4）疑难复杂或者新类型的；（5）其他具有指导作用的案例。并且，在最高人民法院设立案例指导工作办公室，负责指导性案例的遴选、审查和报审工作。同时要求，最高人民法院各审判业务单位对本院和地方各级人民法院已经发生法律效力的裁判，以及中级和基层人民法院认为符合上述法定条件的以及发生法律效力的裁判，都可以向案例指导工作办公室推荐。此外，各级人大代表、政协委员、专家学者、律师，以及其他关心人民法院审判、执行工作的社会各界人士对人民法院已经发生法律效力的裁判，认为符合上述法定条件的，也可以向作出生效裁判的原审人民法院推荐。案例指导工作办公室对于被推荐的案例，应当及时提出审查意见。符合法定条件的，应当报请院长或者主管副院长

提交最高人民法院审判委员会讨论决定。其次，最高人民法院审判委员会讨论决定的指导性案例，统一在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站、《人民法院报》上以公告的形式发布。再次，最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。并且提出，最高人民法院案例指导工作办公室每年度对指导性案例进行编纂。该《规定》出台以后，很多中外人士都惊呼——中国已经开始推行案例法。截止到2015年4月15日为止，最高人民法院已经发布了十批指导性案例，共计52个具体案例。

中国的这一尝试，实际上开启了大陆法系国家公开大胆地吸收和借鉴英美法系国家法律制度的先河。我认为，这是两大法系开始走向最终融合的开始和标志。

五、走向法治的现代化

（一）宪政精神

自从1215年颁布《大宪章》之后，在此后的800年间，英国又分别于1628年颁布了旨在保护公民自由权利的《权利请愿书》；于1679年颁布了旨在保护公民人身自由和权利的《人身保护法》；于1689年颁布了《权利法案》；于1701年颁布了《王位继承法》；于1911年和1949年颁布了《议会法》；于1918年、1928年、1948年和1969年颁布了《人民代表法》；于1937年颁布了《内阁大臣法》；于1970年颁布了《法院法》；于1972年颁布了《国家豁免法》；等一系列宪法性文件，这些宪法性文件所体现出来的限制王权、议会主权原则、分权原则、责任内阁原则和法治原则[注]，乃是以英国为代表的西方国家所普遍遵循的基本的宪政思想和精神。这些宪政精神直至今天一直在照耀着人类法治的进程。

（二）司法制度

在英国传统的司法制度中最具魅力的就要数对抗制和陪审制了。对抗制，也叫抗辩制，是指：在庭审过程中，要求法官、律师、检察官、当事人和陪审团共同在法庭上集中进行诉讼。在对抗制下，民事案件中的原告律师和被告律师，刑事案件中的公诉人和被告律师，均处于对抗地位，就诉讼中的是非曲直进行争辩。这种对抗主要表现在询问证人和终结辩论中，原被告双方都可以作为证人作证，双方律师都试图在对方当事人及证人的证词中揭示自相矛盾，使陪审团和法官接受自己的观点，从而作出有利于自己当事人的判决。其特色是：不得不依赖双方当事人在法庭上的言辞和表演；判决所依赖的事实，实际上是诉讼各方证据上的强弱、多寡，而不见得是客观事实本身；法官把举证责任转移给了当事人双方；法官是角色仅仅是一个处于中立地位的消极的仲裁人；对于法官的素质要求比纠问式诉讼的要求更高。20世纪六七十年代，在英美国家又流行起一种名为辩诉交易的刑事诉讼方法，它是指在正式庭审之前，由检察官与被告律师进行谈判，如果被告满足对方提出的条件，对方可以撤销起诉，或者减轻对被告起诉的罪名。在辩诉交易中，一般以被告承认有罪为前提，谈判协议由法院批准。这种诉讼方式的目的在于提高办案的效率。因为在英美法系国家如果按照正常的诉讼程序的要求，一桩诉讼可能要拖上很长时间，这对于原被告双方和法庭都是一种煎熬。而这种辩诉交易恰好解决了这个长期困扰英美法系国家的棘手问题。

现代陪审制度起源于英国。它是反抗王权、保护公民权利、实现民主和自由、实现司法公平的产物。19世纪英国陪审制得到了充分的发展，被称为“英国法的荣耀”。但是，根据1948年的《刑事司法法》的规定，英国废除了大陪审团，也取消了民事诉讼中的陪审制，只有在刑事法院所进行的第一审审判时才必须召集陪审团。英国陪审制衰落的原因是：自19世纪以后，诉讼增多使法院难于应付，实行陪审制，不仅使审判花费了更多的时间，而且当事人为了节省开支也不愿

意陪审团参加诉讼。再者，陪审团成员多数不懂法律，往往感情用事，使案件的判决结果多失公正。

但是，无论如何，英国所创设和发展的对抗制和陪审制，在人类法治的进程中仍然是两朵璀璨的奇葩，其所体现出来的追求公平、正义、民主、自由的法治精神，依然是人类优秀的法治成果。

（三）主要法律部门

1.信托法

英国的衡平法培育出了英国法中一个特有的制度——信托制度。信托是一种信托关系，是一种关于特定财产的信托关系，它是使受托人为了他们的利益而享有该特定的财产的法律上的所有权，而他人作为受益人则享有该特定财产的衡平法上的所有权。1893年，结果长期的酝酿，英国颁布了第一部《受托人法》，并于1925年修订。该部信托法是英国最重要的一部信托法，对于信托制度作了一般性的规定。它规定信托必须具备三个条件：（1）必须将信托财产交付给受托人，并履行移交财产的特定手续；（2）财产所有人宣布将其财产设定为信托财产；（3）如果通过遗嘱来设定信托，必须对立遗嘱人的死亡加以确认，并对遗嘱的真实性、可靠性加以认定。之后，英国又先后颁布了《司法受托人法》（1896年）、《公共受托人法》（1906年）、《公益信托确认法》（1954年）、《公共受托人报酬法》（1957年）、《信托变更法》（1958年）、《公益法》（1960年，1993年修订）、《受托人投资法》（1961年）、《地方当局共同投资信托法》（1968年）、《国家信托法》（1971年）、《公益受托人社团法》（1972年）、《信托承认法》（1987年）等一系列信托特别法。从而构成了一个完整的具有英国特色的信托法体系。信托制度是英国人发明和运用得时间最久且成效最大的最著名的法律制度。

2.侵权行为法

侵权行为（torts）一词源自拉丁文torqutre，本意有扭曲（tortus）的意思。在古巴比伦的《汉姆拉比法典》中就有许多关于侵权行为的规定。本书第2章第2节汉姆拉比王法典，曾论述过汉姆拉比法典中所规范的侵权之债是法典中一个非常重要的内容，法典中出现了多条有关侵权损害赔偿的规定。这些条款可以划分为侵害财产之侵权行为和侵害人身之侵权行为，据不完全统计，整部法典中涉及侵权行为的条款已达27条之多（第53—59条及第195—214条）。但是，这些条文仅仅描述了侵害行为的状况，而并没有认定行为人的主观意图是故意还是过失，仅强调了损害他人人身利益所必须承担的责任，可见，这些侵害人身的侵权责任的归责原则是以严格责任为主旨的，这也反映出了汉姆拉比时代古代西亚地区对于侵害人身的侵权行为所造成的人身伤害的重视程度，以及当时社会和国家对于人的重视，因为，在冷兵器时代，特别是反映了在以游牧之特性而称雄于西亚地区的汉姆拉比王朝时期，对于保存健壮的劳动力和能够冲锋陷阵的战士的重视和倚重。因此，无论出于故意或者过失，只要造成了身体损害，侵权者就应当承担侵权责任。

到了13世纪，英国法已经认为侵权行为是一种民事过错行为，并且已经明确，侵权行为是私人的或民事的过错或损害，而不是违约行为。因而，法院采取了以诉讼的形式得到补偿金的补救措施。英国法认为，每一个侵权行为有三个要件构成：法定义务的存在；违反义务的行为；损害是由近因造成的。早期英国法所认定的侵权行为有直接的并且是暴力性的侵害和案件之诉两类。但是，随着社会生活的日益的复杂性，在案件之诉中，各种欺诈、书面和口头的名誉伤害，对专利、商标、著作权的侵害等，越来越成为侵权行为中的重要内容。

英国法将侵权行为分成侵占不动产、侵占动产、威吓、诽谤、欺骗虐待、殴打、非法拘禁、干涉家庭、干涉商业活动、滥用法律程序等多种。在现代英国侵权行为法中，侵权行为既非犯罪行为，也非违约行为，它被视为一种危害英国安定的行为，因而受害者可以直接向王座法院寻求司法救济，但起诉必须以特定的形式提起令状之诉。这

样侵权行为法就逐步与犯罪行为和违约行为相剥离，而迈上了独立发展的道路。

英国侵权法的归责原则也经历了一个渐进发展的过程。在中世纪时期，英国对于侵权行为采取的是绝对责任原则，认为只要有损害结果，就必须承担相应的责任，而不论实施该行为者的主观心理状态。至15世纪，法院开始修正绝对责任原则，开始重视行为人的主观心理状态。如果被告能够充分证明他对原告所造成的损害并非由于其故意或过失，而是由不可抗力的事件引起的，或者其行为的结果是正常人智力所无法预料的，那么法院可以判令其免于承担责任。到了17世纪末，在于以注意义务为基础，确立起了过失责任原则，即在没有尽到法律所规定的应当注意的义务的前提下，由于该过失造成了他人的损害，侵权行为人必须承担赔偿责任。这是在欧洲大陆掀起的文艺复兴、思想启蒙的社会大环境下，处于开疆拓土时期的英国，需要鼓励个人最大限度地去发挥其主观能动性，去从事冒险、投资、创业的英国发展的关键时期的历史的产物。如果在那样的大背景下，再以绝对责任原则去处理侵权行为案件，那无疑是英国发展道路上的绊脚石。英国把过错行为划分为通常过失、轻微过失、重大过失、故意放任和疏忽四大类。

而当世界发展到了19世纪末20世纪初，随着机器工业的普及和发展，战争危机、经济危机、环境恶化、劳资矛盾日益突出、产品责任问题等对西方社会造成了严重的困扰，于是，为了应对这些危机和挑战，英国又提出了所谓严格责任原则，即只要行为人或行为人所控制的物，给第三人造成损害，不论该行为人是否有主观上的故意或过失，都必须承担一定的赔偿责任。在1868年“罗兰兹诉弗莱彻案”中，被告雇佣了一个独立的承包商在被告土地上建造水库，由于承包商没有堵牢通向与之相连的矿井的闸口，致使水库的水流入原告的地下废矿，并因此淹没了与其相通的矿井。故原告提出诉讼。大法官布莱克布恩在判决中说：原告尽管无须对独立承包商及矿井主人负有注意义务，但是，我们认为，法律的规定真正实质在于一个人为了自己的目

的的实施了危险行为，只要损害了他人的权益，即使没有过失或危害是由不可抗力造成的，也要负担赔偿责任。这个案件的判决打破了过失责任原则的樊篱，之后，在工伤事故纠纷中，也开始适用严格责任原则，1897年英国议会通过了《工人赔偿法》，把原来仅适用于采矿、建筑和铁路运输等部门的严格责任原则扩大到其他一切工业生产部门，后又扩大至农业工人。1948年和1969年又先后颁布了《工伤事故国家保险法》，实行雇主责任强制保险，把雇主对工人的赔偿责任转嫁给社会保险，以减轻雇主在工伤事故中的责任。其目的还是为了保证社会经济的正常发展，不至于因为严格责任原则而阻滞社会经济的发展。

除了确立严格责任原则之外，英国又创设了比较过失原则，即在双方当事人都存在过失的前提下，如果仅从起因来判令由一方承担损害后果是显失公平的，因此，必须对事故当事人各方的过失进行比较，依照各自过失的轻重程度来确定责任的分担。这是伴随着交通事故与日俱增的前提下，而产生出来的旨在要求每个人都应对自己的安全负责，在双方都有责任的交通事故中，在分清责任大小的基础上，再确定损失的承担份额，以达到增强所有驾车人和其他非驾车人的安全意识，减少交通事故的发生的根本目的。

从上述的英国侵权行为法演进的历史中，我们似乎可以感受到侵权行为法在从绝对责任→过失责任→严格责任→比较过失责任的发展历程中，始终贯彻着这样几个基本理念：其一，及时把握时代的发展脉搏；其二，始终从对人的终极关怀的角度出发；其三，牢牢遵循政治和法律永远要为经济服务的原则。这三个基本理念，既是治国的理念，更是法治的基本理念。这也是以英国为代表西方各国在几百年的时间里始终能够引领世界发展潮流的根本原因之所在。

除了这两个法律部门外，行政法、财产法、契约法、公司法等法律部门也是英国法律体系中重要的部门法，它们共同构成具有英国特

色的完整的法律体系，这个体系也是后来美国和其他英美法系国家法律体系的基础和摇篮。

---

1. 大宪章的具体条文参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第249—258页。

2. 其意为：衡平法法院可以直接通过强制手段，如监禁、查封等，强迫债务人亲自向债权人交还财产，而非普通法法院那样仅能命令他人，比如郡长先自债务人处取得财产后，再转交给债权人。

3. 参见《人民法院报》2002年8月17日的报道。

4. 英国法治原则的核心内容即：强调法律面前人人平等，任何机构和个人都不享有法外特权，政府也必须在法律明确规定的范围内活动，不得滥用权力侵犯个人的权利与自由。

第二节
民主的奇迹

一、来自大西洋彼岸的移民

（一）移民的誓言

1.“五月花号”的誓言

1620年9月6日，英国清教徒的领袖布雷德福召集了102名同伴，登上了一条重180吨，长90英尺的木质帆船——“五月花号”，开始了长达66天的冒险航行，11月11日他们安抵北美大陆的科德角，即今天美国马萨诸塞州普利茅斯港。在这次远征中，只有一人死亡，但旅途中诞生了一名婴儿，到达美洲的人数仍然是102名。

普利茅斯港是一个天然的良港，这里土地肥沃，很适宜开垦农田和居住。但是这些新来乍到的新居民却惊奇地看到的这里到处都有人类生活的遗迹，只是看不到一个人影，显得那样荒凉。

在大家决定上岸登上新大陆之前，这些人中的51名男子集合在船舱里开会并写下了下面的誓言：

> 以上帝的名义，阿门。我们这些签署人是蒙上帝保佑的大不列颠、法兰西和爱尔兰国王的信徒和捍卫者、詹姆斯国王陛下的忠顺臣民。
>
> 为了上帝的荣耀，为了增强基督教信仰，为了提高我们国王和国家的荣誉，我们漂洋过海，在弗吉尼亚北部开发第一个殖民地。我们在上帝面前共同立誓签约，自愿结为一民众自治团体。为了使

上述目的得到更好的实施、维护和发展，将来不时依此而制定颁布的被认为是这个殖民地全体人民都最适合、最方便的法律、法规、条令、宪章和公职，我们都保证遵守和服从。

其实，这批来自大西洋彼岸的人们，并非首批来到北美大陆的英国人，他们仅能算作17世纪初登上北美大陆的首批欧洲人中的一支，因为，在他们到达北美大陆的13年之前的1607年，来自英国的第一批移民就已经在今天的弗吉尼亚建立了第一个立足点——詹姆士城。那么为什么仅有这批人被后人反复地提及且永垂史册了呢？个中的原因就是因为他们所签署的这份誓言。这份誓言被认为是美国在北美大陆立国的基础和依据，他们以庄重的誓言的形式向全世界宣布了欧洲移民开辟北美大陆的决心和愿望。这既是一篇誓言，也是一篇宣言，它至少表达了五重含义：第一重含义是明确了他们的来历——大不列颠、法兰西和爱尔兰；第二重含义是他们来到这里是奉了上帝的旨意，是来光显上帝的荣耀、增强基督教信仰和他们原来的国家的荣誉；第三重含义是他们来此地的现实目的是在弗吉尼亚北部开发第一个殖民地；第四重含义是自愿在这片新大陆上结成一个民众自治团体；第五重含义是他们将保证遵守和服从将来这个殖民地的法律、法规、条令、宪章和公职。所以，把这份誓言视为这些来自欧洲的移民希望在北美大陆立足、生活、繁衍后代乃至建国的宣言和最初的誓言与契约，一点也不过分。中国春秋时期的思想家孔丘有句名言叫做“名不正则言不顺”，这份誓约就是这些来自欧洲的移民立志在北美大陆定居、生活、立国的依据和宣言，就是他们占据这片原属于印第安人世界的所谓“法律依据”，此即“正名”，既然有了此“正名”，那他们以后的所有行为就是“名正而言顺”的了。这才是美国人300多年来不惜笔墨、不厌其烦地反复演绎、强调这份誓约的根本原因。当然，我们今天重温它的目的不是再次为美国彰显他们占据这片土地的理由和根据，而是要向世界和中国提及这样一个论题——当我们在准备从事一个事业或者事情的时候，也要像当年这批首次来到北美大陆的移民那

样，为自己将要进行的事业寻找一个根据，制作一个立得住脚的、经得起历史考验的铁证。如果从这一点出发，我们说，这些移民的眼光不可不谓远大而深远。

这就是这次长达130年的欧洲人向北美大陆的移民潮的开始。截止1733年最后一个英国殖民地佐治亚的建立为止，英国移民先后在北美东海岸建立了13个殖民地，这就是后来美国最初的13个州。

2.感恩节

但是，这批移民到来之后的第一个冬天并不美好。一个冬天过去，由于过度的劳作，恶劣的严寒，肆虐的传染病，使得原来到达美洲的102个人仅剩下50个人。几乎天天都有人死去。在这些移民最困难的时候，当地的土著居民印第安人给了这些移民极大的帮助。他们教给移民们捕鱼、狩猎、耕作即饲养火鸡等劳动技能。在印第安人无私的帮助和移民们的不懈努力劳作之下，在来到这片新土地的第二年，他们获得了大丰收，过上了安定、富裕的生活。为了感激印第安人的帮助，就在这一年的秋天，已成为普利茅斯总督的布雷德福颁布了举行盛典、感谢上帝眷顾的决定，这就是历史上的第一个感恩节。直至今天，在美国人的心目中，感恩节是比圣诞节还要重要的节日。在这一日的节日餐桌上，上至美国总统，下至庶民百姓，火鸡和南瓜饼都是必备之食物。美国人在品味着这两味珍馐的同时，在怀念他们祖先开疆拓土的艰辛，在追思和感念当年那些给他们的祖先以无私帮助的朋友们。

3.移民的来源

那么这些移民来自何处？他们为什么要离开自己的家园，不远万里、历尽艰辛万苦地来到这片生疏而又充满着危险的土地呢？这就需要从当时欧洲的状况讲起。

我们只要看一看16世纪初的欧洲地图，便可以看出争战新世界的对抗国家只有西班牙、法国与英国。这三国都拥有很长的海岸线，引

诱着它们的居民去从事造船、经商和航海的生活。这几国又都距地中海东部的口岸很远，由这些口岸运来的丝绸、香料、宝石以及其他有价值的商品，这几国人如果想要得到它们，就必须付出极高的代价，所以，它们迫不及待地想和东方开辟直接的通商航道。

而在地图的东部，那时的德意志还是一个分成几百个小邦的松散的邦联，它们虽然名义上都统属神圣罗马帝国的势力之下，但皇帝的权力很微弱，各小国的君主实际上是独立的。他们之间经常发动战争，又往往借助外国的势力打击自己的邻邦。这些争执造成这些小国的商业不发达，人民的精力都消耗在内乱上了。在德国和俄国的中间伸出一片波兰的领地，波兰曾被四邻的强国吞并，经过几个世纪之后，方才真正独立。而俄国又不关心西方事务，只顾着东方，他们除了木材和兽皮等几样货物之外，极少与西方发生交易往来。

地图的北部是挪威、瑞典和丹麦几个小国，他们共同拥戴着一个皇帝。他们当中虽然有航海的人们，但也没有在地中海的贸易中占据多大的优势。

地图的南部是被割裂成无数独立的小邦和城市的意大利，它虽然是东方与欧洲贸易的桥头堡，可惜的是，自从罗马帝国崩溃以后，它在政治上很少独立过，因而不可能组织起庞大的探险、远征和贸易活动。

因此，在这个欧洲大陆上能够具有组织远征和探险乃至大批移民的力量的国家仅有法国、英国和西班牙三国而已，而以航海业著称的、大航海运动的先驱葡萄牙后被西班牙所吞并。这造成了自大航海以来，在美洲大陆角逐的国家也仅此三国而已。一部美洲开发史，实质上就是法、英、西三国在美洲的侵略和掠夺史。也正是这三国在美洲大陆的争夺，才引发起了那场改变美洲乃至整个世界历史和格局的、风卷全球的由欧洲、亚洲和非洲向美洲的移民浪潮。也正是这股延续了几百年的移民浪潮，造就了一个崭新的、我们今天所看到的北美大陆。

那么当时欧洲人的生活又如何呢？在当时的欧洲大地上生活的居民，主要有农夫、贵族、僧侣、君主和商贾。农夫占据了欧洲人口的绝大多数。这些人大多是随田地转移的农奴或半奴隶身份，几乎所有的土地都属于大地主——君主、贵族和僧侣所有。农夫只有对一小块土地的耕种权，他们照例得向地主交纳租钱，交出产物或服劳役，他们不得离开自己的土地，他们所产的五谷也必须拿到地主的磨坊里去磨成可吃的粮食。凡不得地主允许，他们不得结婚，他们若死了，地主还要把他们家中的牲畜取出一部分，作为继承税。虽然，英国早在16世纪初就废除了农奴制，使得农夫变成了土地上的佃户或务农的工人，但他们的处境比欧洲大陆上的农奴也强不了多少，地主把他们当做下人看待，地主们走到哪里，佃户都得向他们脱帽致敬。如果农夫想离开自己的村庄到城市里去游逛，就会被人捕去，用烙铁烙后，押解回原地。农夫居住着用土或小石块砌成的房子，既没有地板，也没有玻璃。妇女们也必须在田间帮助男子作工，从早到晚不得歇息。农夫们都没有受过任何教育。他们除了要承担纳税、出征、劳作等事务外，几乎没有任何政治权利。

贵族是一个拥有特别特权的阶级，他们拥有大片的土地、村落、城镇，他们以自己的家世而荣耀，小视农夫、商人，胆大妄为。僧侣是一个较之贵族不见得不富，不见得无势力的阶级，他们占据着英、法、西三国耕地的三分之一，他们有权向农夫征收租税、摊派教税。他们是唯一受过良好教育的阶级，他们是王公贵族子弟的先生，他们是掌握人类文明和知识的特殊的人群。

君主掌握着国家的立法、行政、军事等权力，但是，这些国家中都有议会，只是除了英国的国会尚拥有一定的限制英王权力的权力之外，其他的法国和西班牙的国王都拥有无上的权力。但是总体来说，西欧的国王们虽然也有暴虐的，但多数还是追求国家的进步和富强的。他们竭力地保持国内的和平，打击那些盗贼和不安分的贵族，在国内修筑起大道，制定统一的法律，采用货币制度，善待商贾旅客，并经常拿出钱来资助那些有胆略的人航海探险之用。

商贾是一个新兴的阶级，自16世纪以来，在世界史上占据着越来越重要的地位。他们不属于任何阶级，他们是一群冒险的人，他们常在外旅行，和异国人交往，他们具有一般人所不具备的见识、胆略和智慧，他们面对任何危险和事情时，都能够应付自如，胆大而心细。在各个城市中，还有一个依附于商贾的阶级——工匠，他们凭借自己的工艺，为商贾生产出畅销而合格的商品，从商贾那里用产品换取货币和金银，以维持自己和家庭的生产与生活。

而随着新航路的开辟，西欧各国都分别在北美大陆、亚洲和其他地方开设了无数的公司和商业机构，如英国和荷兰及法国开设的东、西印度公司，这些远离欧洲大陆的商业公司和商业机构，都需要大批的劳工和工作人员，而寻找和贩卖大量的劳动力，便又成为了一项利润丰厚的事业。

到此，我们就可以轻而易举地总结出这些移民的来源了——贫困的人们、被公司引诱招募的工人、被贩卖的奴隶与罪人，除此而外，在欧洲大陆被迫害的新教徒和因为政治问题而被欧洲大陆国家驱逐、流放、通缉的人们，这些人都是美洲大陆移民的来源。当然还有一部分被欧洲列强招募派遣到各殖民地的军事首领、军人及其他们的家属，也是这些移民中的一员。因为，自17世纪起，法国、英国和西班牙诸国在北美洲大陆的争夺和战争就没有间断过，直至美国南北战争之后，此趋势才得以减缓。

因此，穷人为了摆脱贫困的境地，商贾为了发更大的财，君主和贵族为了获取更多的财富，犯人为了躲避牢狱和被砍头之灾，新教徒们为了寻找到一片可以自由信教、传教的新的、自由的天地，……正是这些带着各种理想和期望的人们，在汇成了一股股巨大的洪流之后，最终终于汇入了这股持续了几百年的不可阻挡的移民浪潮。也正是这股势不可挡的浪潮，才积淀和开辟出了今天的北美大陆。因为，在这汩汩的人流中，裹挟着无数像华盛顿、汉密尔顿、杰弗逊、潘恩这样的伟人和人类精英及其他们的先辈们，也正是在他们的带领下，

北美大陆才开启了人类历史上一幅崭新的篇章。可见，在任何时候，社会精英和伟人群体才是社会发展的动力和基础，一个社会要发展首先要做的一件事情，就是聚集人气，笼络人才，培育和尊重精英队伍，否则，终将一事无成。一个令精英望而却步，甚至打压、迫害、驱逐精英的国家和社会是没有任何前途的，中世纪以来欧洲发展的相对停滞和美洲的飞速发展，就已经充分地证明了这个真理。

（二）新兴的大陆

1.人口

独立战争前，北美殖民地人口约有300万，已超过当时英国人口的三分之一。他们大都沿着大西洋岸的平原地带居住，大多数人生活在离岸五六十英里以内地区。那时的马萨诸塞、罗得岛、康涅狄格、德拉瓦、新泽西和马里兰都已经探险出来，有了很稀疏的居民。纽约的居民已经扩展到哈德逊流域，匹兹堡也已成了二三百口人的小村落。

2.农业

当时北美大陆的居民百分之九十以上都以耕种土地为生。农夫能生产出他们自己和家庭所需要的所有东西。食料都是由自己的田地里或邻近的树林里及河流里得来的，建筑房屋所需要的木材来自于对于树林的木材的砍伐，用手推或用水力推动石磨舂出粮食，糖由槭浆制成，盐由海水中取得，只是，茶、咖啡、盐、糖、铁器等生活必须品，则必须由城镇买来。但是，与欧洲农夫不占有土地或很少占有土地的情形完全不同的是，北美的农夫基本上都有自己的田地，在南部的田园里，有从非洲或者其他地方买来的奴隶为当地的农夫耕种田地。在很多州凡是冒险来到这里的冒险家都会拥有一块属于自己的土地。如在马赛诸塞州，每个来到这里的人都会得到50英亩的土地，在宾夕法尼亚州已经出现了拥有5000英亩土地的大地主，他们把大片的土地分成小块出租或者出卖给自由民或者服役期满的奴隶。因此，这就造成了在独立战争中，有土地的公民及因为英国的殖民政策可能会

造成他的土地和财富受损失的农民，成为了反对英国殖民统治的主力军。他们为了自己已经获得的权利、土地、家园和财富而战，自己有土地，能自食其力，才有独立的精神，这是美利坚合众国生命之所寄。

3.手工业

美国各种大企业都发端于独立以前。当时，苎麻、亚麻、棉及毛的出产都很丰富。但是，并没有现代意义上的城市工厂，主要还是以手工作坊为主。大型工厂和公司的出现是南北战争之后的事情。当时一切的粗布都是妇女及孩子在家里用纺锤车及织布机做成的。而英国殖民者却禁止北美殖民地毛织物的出口，美洲 的贸易一直把持在英商的手里。这也是引发独立战争的原因之一。此外，除了佐治亚州之外，各州都有铁厂、熔炉、铸造厂、轧床、铁钉丝厂及铁器、铁链、铁锚、铣铁、条铁等工厂。而且，这些铁制品的出口贸易也并没有因为殖民者的限制而减少。

4.造船业

早在17世纪的中叶美洲就已经设有造船厂，并且生产出自己的船只。纽约就是造船业的中心，一些造船厂的工人已达数百人。当然，当时所造出的船只的吨位很小，但是，就是这少得可怜的造船业，却已经给殖民地的人们带来了一种海权的意识和味道了。他们的工作和努力为今后航海业的快速发展打下基础。

5.商业

北美大陆南部出产的烟叶、大米、造船的材料，中部出产的木材、粮食、咸肉，北部出产的面粉、咸鱼、糖、酒及鞋，被输送到西印度、英国及欧洲大陆，再从这些地方交换回来甘蔗、蜜及颜料等到北美大陆，蜜又制成糖酒出口到非洲去交换奴隶，奴隶又运到北美大陆南部各殖民地及西印度群岛。咸鱼则按月出口到法国和西班牙。这

一系列的商贸活动，直接促生了一大批靠商贸起家的大商贾。这些大商贾的商贸活动又促使几个城市的兴起。

6.交通业

独立以前，北美大陆有一条很有名的海滨路：波士顿——波罗威顿士——新伦敦——新哈文——纽约。还有一条内地的路：波士顿——迈德菲尔德——哈德福尔——纽约。这些道路都是土路，主要依靠马匹和马车来进行运输。

7.教育文化

由于北美的移民大多数来自英国，英语便成为了他们共同的语言。在日益频繁的商业交往中，文化事业也随之发达起来。起初对于青年人的教育主要局限在学习《圣经》上，但在北美大陆北部的新英格兰地区，则出现了许多教授读书、写字、算术及宗教的学校。1647年，马萨诸塞通过法律，凡居民达50户的市镇，必须配备一名教师。但从17世纪30年代起，北美殖民地兴建了哈佛、耶鲁、普林斯顿、宾夕法尼亚等大学。这些大学的毕业生遍及北美各地。各个殖民地还兴办了图书馆、报馆等。这些传播媒体，从开办之日起就特别注意适合殖民地人民的文化水平和好恶，发行量之大惊人。因此，报纸逐渐地成为这些移民生活中的必需品，并且很早就确定了出版自由的原则。共同的地域、语言和文化，逐渐使北美殖民地的居民形成了共同的心理特征——崇尚自由和财富，遵守法律，珍视生命，极端厌恶和反对专制、独裁与暴政。到18世纪中叶，美利坚民族形成了。

二、为了自由

（一）十三个殖民地

自17世纪初开始至18世纪30年代，英国用了130年的时间，在北美东部沿海陆续建立起了13个殖民地：它们是：北部的马萨诸塞（1630年）、罗得岛（1663年）、新罕布什尔（1635年）、康涅狄格（1662年）；中部的宾夕法尼亚（1682年）、纽约（1664年）、新泽西（1663年）、特拉华（1638年）；南部的弗吉尼亚（1606年）、马里兰（1643年）、南卡罗来纳（1663年）、北卡罗来纳（1663年）、佐治亚（1732年）。它们成为了美国独立后最早的13个州。

由于这13个殖民地是在不同的历史时期建立的，因此带有不同历史时期的特点。根据各个殖民地的政治特点，可以将它们分为：皇家殖民地、业主殖民地和自治殖民地3种类型。皇家殖民地由英王任命总督管辖；业主殖民地由业主指派总督管理，但要是受英国法律的节制；自治殖民地则由居民自己选出总督管理，但必须依照英王颁布的特许状中的条款进行管理。尽管这些殖民地各自的治理方式不同，但是，都是通过代议制议会进行管理，因而殖民地人民普遍享有相当程度的自治权，习惯于通过投票来决定公共事务。在这13个殖民地中，康涅狄格和罗得岛是完全自治的，他们自选议会议员和行政长官；特拉华、马里兰和宾夕法尼亚由英王特许的业主选择行政长官，由符合选举人资格的人来选举议会议员；其余的8个殖民地则由英王委派总督，但下议会的议员全部由选民选举产生。选民资格一般有宗教和财产方面的要求，基本上属于中产阶级以上的阶层。除了两个完全自治的殖民地外，殖民地的行政长官也不是民选的，而且他们有权推翻议会所通过的法律。同时，英王还保留着最后的终审权。总的说来，总督代表王室的利益，而议会代表当地的利益集团，他们之间的权力平分秋色，但由于代表利益集团（资本家）的议会掌握着财权，所以往往能够达到资本家们的政治利益。

北美殖民地的宗教非常复杂，以弗吉尼亚为首的南方主要是英国圣公会国教，只有马里兰是天主教的避难所，但那里对其他教派也能容忍。北方的纽约是国教，宾夕法尼亚是教友会，北部的新英格兰是清教，只有罗得岛从一开始就实行宗教自由。1649年，马里兰通过了

《信仰自由法令》，保证一切基督教徒的宗教自由。1682年，宾夕法尼亚保证一切信仰上帝的人的自由。弗吉尼亚则一贯奉行着实际上的宗教宽容。因此，宗教自由和政治自由一样，成为北美殖民地发展的总趋势。

因此，有人把北美殖民地描绘成一个伟大的避难所，一个欧洲流浪汉和失业贫民们的乐园：

> “这里没有巨室阀阅，没有宫廷，没有帝王，没有主教，没有教会势力，没有少数人享有的那种似乎无形而有形的特权……人人皆知遵法守纪，而无所惮惧其苛暴，也没有大家势力的仗势欺人，大家都是来自欧洲的客人，在这里人人都得平等相待。在这里无亲无友可以依靠和获得帮助，只有依靠自己的勤奋来生存和致富，个人奋斗的勤奋精神可说深入人心，人们尽可自由行动，没有社会道德传统习俗和宗族亲友的限制拘牵，没有传统道德的约束和制约，不犯法就是合法，法律是唯一的准则，犯罪率极高……”
>
> “这里的人民对他们的政府和教会拥有很大的发言权，而不像欧洲那样屈服于教会的绝对权威。他们享受着欧洲贫民所不可想象的自由、平等和独立，他们实际上已经成了一个新型的民族——美利坚人，并以此自豪。”
>
> “美利坚乃是一种新人，他立身行事全然依据一套不同于欧洲的新原则，因此也必将酝酿出种种新的观念，产生出种种新的思想。与昔日那种不得已的怠惰、奴隶般的依附、贫困不堪与凭白出力等不同，他此刻已经进入一种报酬颇丰、性质迥异的新型劳动——这就是美利坚人。”(注)

这段文字选自于在北美当过农民的法国人克莱弗克尔写的《美国农民书札》，这其间不乏美化、过誉之嫌，但是，我们或许可以在这里找到北美独立战争的起因与结果以及美国后来所走过的强国、法治之路的注脚。

（二）宣布独立

由于英国连续在北美殖民地实施了旨在限制和打压北美殖民地对外贸易和商业的航运法、贸易法、禁止制造条例以及城市条例等，特别是每磅茶叶须征收三个便士的税的规定，引起了商人的普遍不满。但是，他们所最忌恨的还是英国政府给东印度公司的那些特别的恩典，他们害怕从此会出现一个与他们产生巨大竞争和利益冲突的极其有害的以垄断专卖权的形式与他们进行激烈的竞争、夺利的机构和局面。于是，1773年12月的一天，一群人装扮成印第安人，登上茶船，把茶叶抛入大海，造成了“波士顿倾茶事件”。恼羞成怒的英国政府立即宣布实施了五项高压法令：封锁波士顿商埠，禁止其对外贸易，直至赔偿茶叶的损失为止；撤销马萨诸塞的特许状，取消其自治权，严令人民不经得总督的同意，不得擅自召开城市会议；重申《驻兵条例》，英军可任意进驻旅店和私人空房；英国官兵犯罪，必须交由英国法庭审判；颁布《魁北克条例》，把俄亥俄河以北、宾夕法尼亚以西的大片土地划归加拿大的魁北克省管辖，禁止殖民地人民向西移居。北美殖民地的人民把这五项法令称为“不可容忍的法律”。作为对于英国政府的反击，1774年9月5日，各殖民地的代表在费城召开了第一届大陆会议，与会的12个殖民地的代表一致通过向英王乔治三世提出的《关于殖民地权利和怨恨陈情书》，要求取消这些不公正法令，要求殖民地人民与英国人同样享有生命、自由和财产的权利。这份宣言上说：殖民地有权利征收赋税；制定内部法律；平和集会；向政府请愿，陈述他们的苦痛；在和平时期不要常备军；欢迎陪审制。大会还通过了对英国实行“三断”的决议，即断绝从英国输入商品，断绝向英国输出商品，断绝同英国的消费关系。会议还宣布，如果英王拒绝要求，将在1775年5月召开第二届会议。与此同时，会议组织了一个大规模的反抗英货抵制会，签订了一个抵制外货协定，规定英国货不得输入或发售。许多商人因为出售英货，违反了这项协定，而被人在身上涂上煤胶并贴上羽毛，以示羞辱。在弗吉尼亚，帕特里克·亨利发表了极富煽动性的“不自由，毋宁死”的演说：

“屈服与奴役之外，我们再无别的退路！

我们的枷锁已经制成！

镣铐的叮当声已经响彻波士顿的郊原！

一场杀伐已经无可避免

——既然事已如此，那就让他来吧！”

于是，各殖民地开始训练民兵，筹集军火，准备武装保卫自己的家园和自由。终于于1775年4月19日，波士顿打响了美国独立战争的第一炮。一年后的7月4日，第二届大陆会议于1776年7月4日一致通过了《大陆会议美利坚十三个联合邦一致通过的宣言（The Unanimous Declaration of The Thirteen United States of America）》（简称《独立宣言（The Declaration of Independence）》），这一天成为美国的国庆日。

《独立宣言》主要由托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson，1743—1826年）执笔，是美国立国及体现其立国精神的最重要的文献。

只要到过美国费拉德尔菲亚（Philadelphia，即费城，意为兄弟之爱，位于美国宾夕法尼亚州东南部，是德拉瓦河谷都会区的中心城市）的人都要去瞻仰一个坐落在特拉华河畔一座大桥的桥头的、费城最著名的建筑物——独立宫。那是一座坐落在一个长方形公园里的一座开放式的红褐色二层楼，楼顶上，一座乳白色的三层钟塔直插蓝天。在独立宫的旁边有一栋名为“格拉夫”的小楼，就是在这栋小楼二层的一个简陋的小房间里，杰斐逊花了足足两个星期写就了那篇气势磅礴的、最富革命性的伟大文献。至今在这个小房间的墙上还挂着一幅杰斐逊画像，在那张粗木制成桌子上，还像当年一样摆放着一支鹅毛笔、一瓶墨水和那本名垂千古的《独立宣言》。

宣言的第一部分以简明庄重的文字总结了启蒙运动的政治哲学，特别是关于自然权利的理论：

“我们认为下面这些真理是不言而喻的：造物主创造了平等的个人，并赋予它们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人们才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，则来自被统治者的同意。任何形式的政府，只要破坏上述目的，人民就有权利改变或废除它，并建立新政府；新政府赖以奠基的原则，得以组织权力的方式，都要最大可能地增进民众的安全和幸福。……但是，当政府一贯滥用职权、强取豪夺，一成不变地追逐这一目标，足以证明它旨在把人民置于绝对专制统治之下时，那么，人民就有权利，也有义务推翻这个政府，并未他们未来的安全建立新的保障——这就是这些殖民地过去逆来顺受的情况，也是它们现在不得不改变以前政府制度的原因。”注

在第二部分列举了英王在殖民地施行的19条暴政，以及殖民地人民对于英国政府的怨情：

“在这些压迫的每一阶段中，我们都曾用最谦卑的言辞请求救济，但我们一再的请求所得到的答复却是一再的伤害。这样，一个君主，在其品行人格上已打上了可以看作是暴君行为的烙印时，便不配做自由人民的统治者。”

在第三部分提出了实质性的宣言——宣布13个殖民地独立：

“因此，我们，集合在大陆会议下的美利坚联合的代表，为我们各项正当意图，吁请全世界最崇高的正义：以各殖民地善良人民的名义并经他们授权，我们极为庄重地宣布，这些联合一致的殖民地从此成为、而且是名正言顺地成为自由和独立的国家；它们解除效忠英国王室的一切义务，它们和大不列颠国家之间政治关系从此断绝，而且必须断绝；作为自由独立的国家，它们完全有权宣战、媾和、结盟、通商和采取独立国家理应采取和处理一切行动和事

宜。为了强化这篇宣言，我们怀着深信神明保佑的信念，谨以我们的生命、财富和神圣的荣誉，相互保证，共同宣誓。”

在整部宣言中，始终未提及英国国会，仅谴责了英王乔治三世；并且还用了一个整段的篇幅向英国人民一再表明：他们要求独立的意愿完全是迫不得已而为之的，他们的呼吁是来自于正义和基于血缘的呼声；他们仍是英国人民的兄弟，他们对待英国兄弟的态度是：战时是仇敌，平时是朋友。这样做不仅是一种策略，以博得英国和欧洲人民的同情，因为欧洲人同情反对暴君的起义，而不反对选举产生的议会；而且，不提及英国议会，等于否定了英国议会与殖民地之间的法律联系。

《独立宣言》的发布极大地鼓舞了大陆军队和民兵的战斗意志。7月9日，大陆军总司令乔治·华盛顿（George Washington，1732—1799年）在纽约向部队宣读《独立宣言》时说：“这一重要文件将进一步推动每一位军官和士兵以忠贞和勇气来行动，领悟到现在在上帝的统辖下，他的国家的和平和安全只有赖于我们的武器的胜利。”

自《独立宣言》公布之后，战争又延续了五年的时间，1781年10月英军向美军投降，1783年9月3日，美、英两国在巴黎订立和约，英国正式承认美国独立，并且把阿巴拉契亚山脉以西、密西西比河以东的土地割让给美国。至此，北美殖民地的独立战争才完全地落下帷幕。从此，一个将对这个世界产生巨大影响的国家屹立于世界之林。

（三）思想的引领者

革命的实践离不开革命理论的指引。北美独立战争能够以弱胜强，并取得最后的胜利，18世纪末至19世纪初在北美殖民地涌现出来的一批思想家所提出的杰出的政治思想，是指导和引领战争取得最终胜利的不可忽略的重要的思想武器。这批杰出的思想家中的佼佼者非

托马斯·杰斐逊和本杰明·富兰克林（Benjamin Franklin，1706—1790年）莫属。

杰斐逊出身于弗吉尼亚一个大贵族奴隶主家庭，他的父亲给他留下了几百名奴隶，但是，他自幼受到新型教育，博览群书，接受了欧洲先进的思想，以至于他成为了北美殖民地上罕见的学者及思想家。

他是一位自然神论者，他认为宗教纯粹是个人的私事，反对国家干涉宗教信仰，要求信仰自由。他是性善论者，承认在人意识里存在着与生俱来的道德原则，他以为人之为恶，是坏的社会制度和愚昧所致，因而他主张用教育去启发人们原有的慈善心。在政治思想方面，他在法国启蒙思想的影响下，发挥了“人民主权”思想。他认为，政府的一切权力都是人民委托给它的，因此，一旦它实行暴政，并且引起人民的强烈不满时，人民有权用革命手段推翻它而代之以新的政府。他认为，人生来都是平等的，这是人的自然权利，任何政府都不能剥夺或干涉人民的这些权利。他对普通人民抱有无限的信任，主张一切问题都应诉诸人民的投票表决，因为大多数的人的意见总是正确的。他的这些思想，成为北美人民反对英国殖民统治的有力武器。

杰斐逊反对奴隶制度，认为它是一种罪恶，违反人的自然权利。他要求废除这个可耻的制度。他也同情印第安人的遭遇，严厉谴责白人屠杀印第安人的罪行。

杰斐逊是北美独立战争期间民主派的主要代表人物之一。

与杰斐逊享有同样声誉的另一位著名的思想家、政治家、外交家富兰克林，出身于波士顿的一个贫困的小商人家庭，幼年当过印刷厂的学徒工。他一面工作一面勤勉自学，成为一名博学的学者及政论家。他通晓自然科学和政治经济学，曾经发明了避雷针。

他曾提出社会的贫困是怎么造成的问题，他自己回答说，主要是因为爱好劳动的人们必须把自己劳动的第一批果实分给寄生的、游惰的人们。他曾赞赏农业，反对工商业，认为，一个国家致富的道路有

三条：第一条是依靠战争去征服和掠夺邻国，这是强盗行径；第二条是依靠商业，这就是欺骗；第三条路就是农业，这是人们增加财富的唯一正当的途径。但是，后来他也认识到商业的必要性，也赞成亚当·斯密的工商业自由的主张。他认为，个人幸福是政治社会的最终目的，他反对工人的工资太低，因为太低的工资将破坏个人的幸福。他反对奴隶制，要求废除它。他也痛恨种族歧视，他主张黑人、印第安人应该享受白人同等的权利。他认为印第安人的文化水平很高，他们有合理的社会制度，有高尚的品格。他在政治上主张实行普选制、一院制国会。他反对英国的殖民政策，但也反对流血革命，希望自民党人民忍耐和等待。但是在独立战争爆发后，他坚决拥护美国独立，并且把自己的财产捐献出来支援独立战争。他也是一位民主主义者。

杰斐逊和富兰克林的思想成为了北美独立战争的指导思想，是美国最早的思想家和民主主义者。

三、民主的奇迹

（一）邦联条例

独立战争虽然取得了胜利，但是，在18世纪末的地球上，人类还从未建立过幅员如此广大的共和国。18世纪的人一般都认为共和体制不适合辽阔区域，那样的中央政府距离人民太远，很难受到选民的监督，迟早会脱离人民控制，凌驾于人民之上，丧失其共和的本质。对于此问题，三百多万独立后的美利坚人充分发表了自己的意见，而且很块地达成了一致，那就是要建立一个统一的共和国——美利坚合众国。

在1775年独立战争爆发前后，北美大陆最高机关是大陆会议，但它除了肩负着进行战争相关的重大使命外，并没有合法的地位。也就是说，它实际上仅仅起着一个军事最高机构——司令部的作用。而自

1776年初开始，北美各州却都相继地制定出了各自的州宪法，州政府因而就成为了北美大陆的法定政府。因此，是否应当在大陆会议的基础上，制定一部施行于整个大陆的基本法，就成为当时大陆会议必须尽快解决的首要问题。于是，根据弗吉尼亚州代表的动议，1776年6月，大陆会议决定成立邦联条例起草委员会。在起草的过程中，曾就是否应当建立一个强有力的中央政府，以限制各州的权力的问题，于1776年7月中旬到8月20日展开了集中的讨论，但由于对于此问题的意见分歧很大最终没有达成一致的意见而将这条内容删除了。于是，在对于邦联国会的代表权问题、各州分摊经费的比例问题和对西部土地的管理权问题无法达成最终的决议的情况下，1777年11月15日，草案最终得以通过，定名为《邦联和永久联合条例》（Articles of Confederation and Perpetual Union，简称为《邦联条例》）。此后，在经过十三州的批准之后，[注]1781年3月1日，邦联条例正式生效。该部《联邦条例》成为了1787年美国联邦宪法颁布之前的美国的第一部国家基本法。

该条例前言部分明确宣布：美利坚合众国各成员国（原13个殖民地：新罕布什尔、马萨诸塞、罗得岛及普罗维登斯垦殖区、康涅狄格、纽约、新泽西、宾夕法尼亚、特拉华、马里兰、弗吉尼亚、北卡罗来纳、南卡罗来纳、佐治亚）代表，一致签署通过本邦联条款，结为永久联盟。该条例第1条宣布：本邦联定名为“美利坚合众国”。宣告了美国的成立。第2条规定，各成员国可以保留其主权、自由、独立以及所有权力、管辖范围与权利。条例明确规定，设立一个国会，每个州都可派若干代表参加国会。每州不论人口多少，都在国会中有一票表决权。所有重大事项要有九票才能通过；而对条例的修正则需要十三州一致同意。该条例授权全国政府处理某些外交事务、宣战、管制货币铸造、确定度量衡标准、举债借款、建立邮政系统、筑路以及征募陆军和海军。但是，上述这些权力不是全国政府专有的，每个州都可以做这些事情。然而，该条例却没有授权国会享有征税和筹款的权

力，国会只能向各州募集款项。国会也无权管制外贸、建立全国法庭或强制实施自己的命令。

因此，按照这部条例，成立起来的美国俨然是由13个独立国家组成的松散的邦联。按照《邦联条例》成立起来的美国国家组织有以下几个特点：第一，各州保留了很大的独立性；第二，中央最高机构是一院制的邦联国会，每州选出代表2至7人组成；第三，中央不设置国家元首，只是在国会下面设立一个诸州委员会，在国会休会时管理经常性事务。第四，中央政府的规模有限且权力极小。严格讲那时的美利坚中央联邦国会仅仅是一个空架子，各州都享有较大的、独立行使自己的权力。

但无论如何，该条例的通过，是一个标志，它标志着美利坚合众国的正式成立；自此美利坚合众国有了自己的基本法，它的成立也有了宪法上的依据。因此，它仍然具有划时代历史意义。

（二）制宪会议

1.邦联的危机

根据1781年批准的《邦联条例》产生的是一个相当软弱的一院制国会，实权仍然掌握在各州政府手里。每部法律的通过必须得到13州中的9州同意，而一般情况下很难凑齐10个州的代表到会。执法全靠各州，没有一个公认的法庭来处理州与州之间的民事纠纷。邦联不得直接征兵建立军队，只能向各州提出要求，因而邦联不可能有效地对外抵御敌人，对内应付叛乱。邦联也无权管理贸易和协调州际的仅仅关系，州与州之间仍然像国家之间一样关税壁垒，有些州还在内河航运方面发生争执和武装冲突。邦联在外交外贸上也毫无实权，武力保护美国商船在海上航运的安全。而正当此时，美利坚的社会正处于未定型的过渡时期，新秩序远未形成，整个邦联危机重重，已经处于生死存亡的关键时期。这种危机具体表现在：

（1）由于不在受到英国的保护，邦联失去了不少国际市场，致使邦联经济状况日益恶化，但还须偿还英国很多欠款，刚刚从政治上摆脱英国控制的邦联很有可能在经济上重新屈服于英国的统治。

（2）由于一些州自行大量印制货币，大量发行债券，金融秩序异常混乱，引起通货膨胀，钱币贬值，导致债权人吃亏，债务人得利。

（3）经济的困难增加了失业的人数，退役老兵得不到邦联曾经许诺的服务费。1786年冬，退伍军人丹尼尔·谢司（Daniel Shays，1747－1825年），在马赛诸塞州领导2000多名西部农民进行武装叛乱，给邦联敲响了警钟。

（4）新独立的邦联处于一种管理无序的混乱状态，人们看不到未来，《邦联条例》确立的所谓的民主自由也成为了一纸空文，带来的只是邦联内部全面的混乱。

（5）人们对于历史上这一空前的共和国的前途感到担忧，除了害怕政府权力的腐败和的失控外，对民众也同样缺乏信任。人心惶惶的人们提出了一系列敏感的问题，诸如：美国人民是否具有当公民的素质？如果他们不具备这种素质，那么民主将如何运作呢？其结果会不会比专制还不如？如果实行代议制民主，人民并不直接行使权力，而是通过他们选出的代表来行使权力，那么大多数穷人岂不要被排斥在政治之外之外，这种状况与邦联建立时所宣称的宗旨是否是一个背叛？那样一来，人民的主权何在？人民的权利是否会遭受到损害甚至就像专制国家一样被消灭殆尽？

这些危机和问题集中到一点那就是——在美利坚是否需要建立一个强有力的中央政府？对此在革命领袖中也存在着激烈的争论和明显的分歧。一些激进的爱国者认为，强大的中央政府很可能侵犯州权，限制民权。1786年，邦联在马里兰州召开会议，商讨贸易管理的权限问题，先到会的五个州的代表建议第二年在费城召开全体大会，修改

《邦联条例》，该倡议得到会议的支持。这次即将举行的全美制宪会议，借鉴了马萨诸塞州的为了制定宪法而召开专门制宪会议的经验，并由公民直接投票批准宪法，从而将宪法的权威置于立法机构之上，这正是美利坚合众国当时所需要的最为关键性的举措——尽快确立根本大法——宪法的权威。

这就是当时世界上唯一的、最年轻的共和国，召开具有伟大历史意义的制宪会议的背景与前提。

2.制宪会议

1787年5月，除了拒绝参加会议的罗得岛州外，其他12个州共指定了74名代表参加此次会议。但有一部分没有到会，最终一共有55人聚集费城，参加了自5月14日到9月17日，㊟长达127天的、可能是世界上连续且集中召开的时间最长的制宪会议。与会者大多是律师、银行家、商人。这些人都受过良好的教育，谙熟历史、政治和法律，尤其深受洛克和孟德斯鸠等启蒙思想家的影响，对英国的法治和民主进程最有体会。而且他们中的大部分都是富有实际政治经验的革命家、政治家或法官、律师。对这次会议影响最大的是华盛顿、富兰克林、麦迪逊（James Madison，1751—1836年）和汉密尔顿（Alexander Hamilton，1757— 1804年）。参加这次会议的全体代表最年轻的26岁，最大的81岁，平均年龄不到43岁。当时杰斐逊不在美国国内，此时他和另一位重量级的开国元勋约翰·亚当斯（John Adams，1735—1826年）正在法国和英国忙着与欧洲各国政府协商商务合约及外债事宜，希望法兰西、荷兰等国愿意信任初生的合众国有能力依约偿还贷款。他们虽然没有参加这次制宪会议，但是，他们两位对于这个会议高度的重视。在会议期间他们与代表之间不时有书信往还。杰斐逊虽然最后还是支持了这部新宪法，但认为这部新宪法因缺乏权利法案而有缺陷。

这次会议召开的地点就是前文已经有所交代的，位于美国费城的那座著名的独立宫。这座独立宫二楼的会议厅，就是当年来自美国12

个州的55名代表讨论制定美国宪法的地方。这里的摆设完全保留了当年制宪会议时的原样——会场两个壁炉的中间是主席台，台上那把高高的靠背椅，就是当年华盛顿坐过的那把“旭日椅”；主席台下，很随意地放置了13张大方桌，每张方桌旁边都摆放了4张带扶手的圈椅。整个会场看起来就像一个“咖啡厅”。但正是在这个“咖啡厅”里，228年前，北美12个州的55名代表们，为新生的美利坚合众国打造了一个沿用至今的宪法，也打造了一个法治的摇篮。

在这次制宪会议召开之时和之后，实际上已经有了几个不同的宪法方案——弗吉尼亚方案、查尔斯·平克尼方案、新泽西方案、汉密尔顿方案、康涅狄格妥协提案等。与会者就这几个方案展开了激烈的论争。这次制宪会议争论得最激烈的主要重点问题是：

（1）大州与小州之间的议员人数比例问题。在邦联国会中，每个州都享有同等的一票。可现在在会议上，大州提出议员人数要按人口比例产生，小州则要求享有相同的代表人数。当时的大州如弗吉尼亚，已有人口74万余，而像罗得岛这样的小州只有不足7万人口，如果不分大小州，每州的议员人数相等，显然不合理，大州坚决反对；但若按人数比例分配议员名额，那么小州的发言权又太小了，小州又坚决反对。最后以国会由参众两院组成，众议员按各州人口比例产生，参议员的人数则每州相同的结论而告终。

（2）关于奴隶人口如何计算问题。南方蓄奴州提出，在众议员的选举上，奴隶按一般人口计算，而在联邦征税时，则不按一般人口计算。北方反对这样完全有利于南方的建议。最后会议提出了双方都满意的解决办法：5个奴隶按3个自由人打算，在众议员名额和征税上同等对待。

（3）关于奴隶制的存废问题。当时，北方反对奴隶制的呼声已经很高，南方虽然有人谴责奴隶制，但是，当时南方的经济和社会已经和奴隶制密不可分，如果废除奴隶制，必将引起南方的震动，甚至会引发南北方的直接冲突和对抗。为了避免这种冲突，双方达成了一

致，制宪者们承认了这一违背《独立宣言》和人权思想的黑人奴隶制，宪法也回避了使用“奴隶”一词，而代之以中性的“人”。但是，这个问题并没有得到解决，这也埋下了74年后美国内战的祸根。

（4）关于关税的问题。在当时的美国，南方多为农业州，不愿意联邦政府掌握关税权；北方从事工商业，立场截然相反。经过激烈的争议，最后作出的结论是：联邦政府有权管理外贸，有权对进口货物征税，但无权对出口货物征税。

（5）关于总统的任期和选举方法。会上有人提出总统为终身制，有人则希望任期不超过3年；有人提出总统由人民直接选举，有人提出由国会选举产生。最终解决的方案是：总统的任期为4年，可以连选连任，由人民直接选举出的人民代表大会选举产生；如果选票在人民代表大会中不能占多数，则由众议院决定，人民最终以非直接方式选举总统。

（6）西部领土的归属问题。根据原先的特许状，弗吉尼亚第少数大州的边界意志延伸到海岸，而许都小州却没有这个权利。最后，弗吉尼亚考虑到领土太大不利于自己的共和体制，宣布放弃对西部领土的要求，西部领土由联邦政府统一丈量出售，卖给那些想扩大本州地盘的小州。

在制宪会议期间，曾经发生了一起令所有与会者都意外且惊诧的事件——6月18日上午汉密尔顿头一个站起来作了长达6个钟头的激情演讲。这位出身于西印度群岛，年轻时来到美国，32岁已经闻名全国，并遭某些圈子嫉恨，思路异常敏捷且性情冷傲，被认为美国有史以来所有最不寻常人物当中的一位，美国建国元勋中举足轻重的人物，在演讲中表示，他希望看到美国能够设立一位终身制行政首脑，由选举人选出，授予其绝对的否决权力；参议员也享有终身任期，另一个下院或议会，则由人民选出，三年一任；各州州长由国家政府选派。如此一来，参议院和行政首脑（首长）便可以和民主性质的议会之间产生平衡作用。这种形式的政府，权力源自人民，却可以检视并

牵制对自由的狂热。接着，他列举出大不列颠为例，认为，大不列颠是全世界最好的典范，它既拥有公众的力量，也不乏个人的安全保障。

令人惊讶的是，在汉密尔顿演讲的过程中，竟然没有人当面和他争执，第二天早晨，也没有人起来反驳昨天汉密尔顿的演讲，更没有人就他的提案采取任何行动。只是在几天以后，才有人说出，汉密尔顿的提案是一种和与会者的意见都相左的体制，虽然他的演讲的水平广受众人赞扬，却没有人同意他的看法。但是，日后汉密尔顿为自己的这次演讲付出了代价，终其一生不断地有人拿他的这篇演讲来打击他，说他的宪法里带有强烈的君主政体的嫌疑，又说他想为美国立位国王。汉密尔顿虽然极力地予以否认，指称对方断章取义，但是，就连麦迪逊也讽刺汉密尔顿的否认系由于他的记忆欠佳之故。可见，汉密尔顿的那次唐突的演讲，给他带来了不可磨灭的负面的影响。注

在经过了漫长的争论和妥协之后，1787年9月17日午后3点，代表们各依其州的地理位置，按照由北往南的次序编队，依次走向桌前，在那份制宪会议通过的宪法文件上签字。他们依次是新罕布什尔—马萨诸塞……特拉华，直至乔治亚。当富兰克林由人从座位上扶起上前在这份宪法文本上签字的时候，有人看到这位与会代表中岁数最大的81岁的老人落了泪。

麦迪逊用那只疲倦而颤抖的手写下了他最后的一句记载：

> “除伦道夫、梅森以及格里三位先生拒绝签字认可之外，宪法经在场所有代表签竣。大会正式宣告无限期休会。”

同一天，华盛顿在他的日记中，也如释重负地写道：“大功告成。”

大会结束后，大会秘书杰克逊少校受命将这份正式誊写、完成、签竣的宪法文件送往纽约呈交国会。各位与会代表也将收到一份印刷

副本。自开会以来与会代表们所共同遵守的守密诫命，至此也寿终告寝。

就这样，这次在美国宪政和法治史上具有特殊历史意义的制宪会议至此结束，这次会议的唯一的成果就是那部至今还在适用的美国宪法文本。

（三）围绕新宪法的讨论

宪法文本被制定出来，并不意味着能够立即生效。根据《邦联条例》规定，对《邦联条例》的任何修改必须13个州一致通过。但是，制宪会议的代表们做出决定，新宪法只要9个州通过，即立即在该9个州内生效，而在未通过的州无效。于是围绕着这部宪法又展开了一场激烈的辩论。这场辩论实质上是对美国政治体制进行的基本论证。维护宪法的一方自称“联邦党人”，反对的一方统称为“反联邦党人”，双方人数的差距并不太大，但是，联邦党人代表的是工商业发达的北方各州的利益，他们维护的是联邦政权而非州权，他们认为，一个统一的国家能更好地维护法律，促进工商业贸易和国家经济的发展。他们有组织地投入金钱、组织大量人力物力来与对方论争，而且，他们有华盛顿、富兰克林这样德高望重的重量级人物的支持。而反联邦党人多为南方奴隶主阶级和城市小资产阶级的代表，他们感到强大的联邦政府会损害各州的利益和他们的利益，担心强有力的中央政府会成为专制暴政，侵犯公民的权利。他们认为新的宪法文本有利于北方的工商资本家。

为了解除和应对反联邦党人的疑虑和反对，联邦党人的代表汉密尔顿、麦迪逊和约翰·杰伊（John Jay，1745—1829年）共同以“普布里乌斯”为笔名在纽约的报刊上发表了80余篇最富说服力的文章，为一个有中央政府的统一的国家辩护，详细说明政府的分权以及各部门之间的制约和平衡，并对宪法进行逐条论证。

汉密尔顿于1787年10月27日发表于《独立报》的一篇文章中明确地指出了当时人们关注的问题和他将通过一些文章来论述的具体问题：联邦对政治繁荣的裨益；为维持合众国，现行邦联的不足；设立拟议中的联邦政府，或者至少同等有力的机构的必要性；新宪法草案体现了真正的共和原则，及其与各成员国宪法的相似性；新宪法对共和政体、自由和财产的额外保障。同时，他指出，这次论争的结局将会产生两个截然不同的后果：要么接受新宪法草案，要么分裂合众国。(注)于是，他们三人围绕着外国势力对于合众国的危险，合众国内各成员国不团结的危险，联邦可以防止国内的分裂与动乱，联邦对于贸易和海军、税收、政府开支上的作用与优势，现行邦联不足以维持合众国，现行邦联的缺点，维持合众国需要新宪法提议的有力的政府，共同防务所需的权力，联邦的征税权，新宪法与共和原则的一致性，制宪会议组建混合式政府的权力，新宪法草案授予联邦政府的权力，新宪法草案对各成员国权力的限制，联邦与各成员国政府的影响力对比，新政府的特殊架构及各部门间权力分配，三权分立体制的基本架构，众议院的设置及其权力，众议院中各成员国之间的议席分配，众议院议席的数量，联邦对国会选举的管理权，参议院及其权力，总统及其选举方式、任期、连任、薪酬、否决权、对军队的指挥权、赦免权、缔约权、任命权等其他权力，司法部门的设置、权力及其分配、陪审团等问题展开了充分的论述和解释、说明。经过他们的一番有力的论证，所得出的结论是：

> “新宪法草案，将会给共和政府、人民自由和财产带来更多的安全保障。这主要体现在采用新宪法，可以维系联邦的存在，进而对地方派系或叛乱以及单个成员国内权势人物的野心形成约束，防止这些人通过担任领导或得到人民选举拥护，来积攒足够的声誉和影响力，成为凌驾于人民之上的专制君主；可以避免因合众国解散，给外国势力施展阴谋诡计创造便利机会；可以防止各成员国之间产生不团结、发动战争以及导致大规模的军备竞赛；可以明确规定：保护各成员国的共和制；可以在普遍范围内绝对废除贵族爵

位；可以预防某些成员国政府重蹈覆辙，动摇社会财产和债务信用的基础，从而导致所有阶层之间的人民彼此不相信，在全国造成道德普遍沦丧的局面。”注

通过这场论证，基本上打消了合众国的人民对于新宪法草案所存的疑虑，达到了联邦党人的目的。事实证明，联邦党人是具有深远的战略眼光的，如果没有新宪法，70年后发生的那一场内战的最终结局，可能就要改写，那样一来，美国乃至世界的历史和格局恐怕也要改写。可见，作为政治家高瞻远瞩、放眼未来、未雨绸缪、居安思危是其最基本的素质和要求。而放眼过去，留恋、崇尚和膜拜权力，既非合格的政治家，更是人类之公敌！而美国建国之父们则恰是一群伟大的政治家群体。这是美国之幸，更是世界之幸。试想，如果美国当年的建国之父们都是希特勒或者后来世界上各个时期所出现的那些大独裁者之流，那世界将会是怎样的一个局面！

（四）新宪法的通过

各州先后召开了自己的宪法会议来讨论通过新宪法。宾夕法尼亚州最早于1787年12月12日通过，新罕布什尔州于1788年6月21日通过，成为使新宪法生效的第9个州。最晚通过的是罗得岛州，直至华盛顿就任总统后的1790年5月29日才通过。但是，各州决定，只要宾夕法尼亚、纽约、马萨诸塞和弗吉尼亚四大州通过后，就于1789年1月举行全国大选。在没有任何异议的情况下，华盛顿当选为美利坚合众国的第一位总统。至此，北美13州终于联合成为具有一个首脑一个政府的主权国家。自此，一个屡次改变世界历史进程的统一的民族国家诞生了。

（五）宪法的修改

新宪法通过以后，第一届联邦国会在宪法中增添了权利法案的内容。国会通过了12条修正案，于1789年9月25日提交各州批准。其中10条被各州批准于1791年12月15日生效。这就是宪法的前10条修正案，通称为“权利法案”。该法案是美国宪政史上第一次大规模的修宪，但它以增添内容的形式附加在宪法后面，而不是对宪法内容的修改。美国宪法自生效以来没有作过一次整体性的修改。

美国宪法对宪法修正案的提出作了如下规定：国会如遇两院议员三分之二多数认为必要时，得提出宪法的修正案，或应各州三分之二的州立法机关请求，召集会议以提出修正案。迄今为止，美国实际完成的27条宪法修正案都是由礼拜国会以三分之二多数票提出的，宪法所规定的后一种方式从未使用过。关于刑罚修正案的批准，宪法第5条规定，对提出的宪法修正案，经各州四分之三的州立法机关或经各州四分之三的制宪会议批准，即为本宪法的一部分而在内容和宗旨上均发生效力，其批准方式得由国会提出。在美国至今获得批准的27条宪法修正案中，除了第21条宪法修正案是经四分之三的州制宪会议批准而生效外，其余的26条宪法修正案都是在提交各州议会批准时，获得四分之三的州议会批准而生效的。

在美国宪法修正案中，有一条在世界范围内独具特色的条款，此即第2条修正案：“纪律严明的民团，为保障自由国家的治安所必需，故人民备带武器的权利，不得侵害之。”该条规定实质上是对于《独立宣言》中“当一个恶贯满盈、倒行逆施、一贯地奉行着那一个目标，显然是企图把人民抑压在绝对专制主义的淫威之下时，人民就有这种权利，人民就有这种义务，来推翻那样的政府，而为他们未来的安全设立新的保障。”的承诺，在宪法上的反映。同时，也是确认美国公民拥有保护自身安全的权利的一条法律上的保障。但是，这条规定，也给美国带来了不利的一面。对于此条规定，我们不能机械地理解为这是美国尊重人权的一种表现，而是要把它放到历史的大背景下去考察。这条规定生效于1791年11月3日，那时的美国尚处于英国等敌国虎视眈眈的威胁之中，随时拿起武器保卫自己的家园和取得的胜利成果，是

年轻的合众国及其公民最主要的义务和职责。美国又有不得修改、废止宪法及其修正案条款的习惯和法治传统，因此，才延续至今天，以至于美国历届政府对此问题一直一筹莫展。由此可见，这条规定可能仅仅适合于美国这样一个极度崇尚自由且具有独特的法治传统和精神的国度，而不适合于世界上其他任何一个国家，尤其是像中国这样的发展中的人口大国。

美国是在保留1787年宪法的基础上，根据美国社会的变化，在不改变宪法本身的整体结构和内容的基础上，而以逐步增补宪法的修正案的方式，来补充、修正和发展其宪法的，这种方式有利于维持宪法的稳定性和连续性，也与其他国家宪法发展之路不同。体现了美国宪法的美国特色。例如，在南北战争之后的1865年12月18日，美国颁布了第13条修正案，明确规定："合众国境内或属合众国管辖区域内，不准有奴隶制或强迫劳役制存在，惟用以为惩罚罪犯者，不在此限。"该条明确地确认了美国北方资产阶级在南北战争中的胜利成果，是对于自宪法草案讨论以来，在奴隶制存废的问题上争论不休的过程的一个最终的结果，也是美国罪犯惩罚和改造制度的宪法依据。

四、迂回的路程

（一）普通法仍是美国法的支柱

1.独立前英国法在北美

在北美殖民地形成之初，英国法受到普遍的轻视。因为，这些来自英国和欧洲的移民，大部分是探险家、投机者和犯罪分子，逃避英国法律的制裁是他共同的意愿。而在英国，法律知识与一般民众是毫无关系的，所以，普通法与这些移民之间也就像有一堵高墙隔离开一样。而且，移民们在北美洲大陆所遇到的都是新问题，对于这些问题，普通法根本无法提供满意的答案。因此，在17世纪时，北美洲移

民反而欢迎成文法，以示与他们英国传统间的区别。但是，到了18世纪，随着移民生活条件的改善和对英国感情的改变，人们逐步感觉到需要有一种更进步的法律来保障他们的生活和已经得到的财富和利益，因而，人们开始用另一种思路来看待普通法，认为普通法可以用来保卫自己，反抗英王的专制。在之后的年代里，法律行业逐渐得到北美大陆上人们的关注。在《独立宣言》的56位签名者中，有25人是律师，费城制宪会议的55名成员中有31人是律师，在第一届美国国会里，29位参议员和65位众议员中，分别有10人和17人是律师。可见，早在北美殖民地时期，英国所固有的在法律知识与民众之间的那堵隔墙早就坍塌掉了，人们已经逐渐形成了一种普遍的重视法律的习惯。这就是美国能在独立战争和南北战争期间以及之后的所谓的罗斯福新政时期，法律理念和法律语言、法律文件能够起到团结、唤起、指导美国人民面对和战胜一切困难险阻的根本原因之所在。所以，这也就可以理解，为什么1776年的《独立宣言》、1781年的《邦联条例》、1789年的《联邦宪法》、1791年的《权利法案》，这些法律文件对于美国国家结构、政权组织形式和活动方式的确认和规定，也很快得到了美国民众的接受和欢迎。

2.独立后英国法的影响

在独立之后，美国的一些州禁止援用1776年以后英国做出的判决，但是，随着政权的巩固和来自英国威胁的日益解除，人们的怀旧情绪开始复活，到19世纪30年代，普通法已成为美国法的基础，到19世纪中叶，在美国就已经基本确立了遵循先例的原则，英国法的概念、推理方法和法的理论依然是美国法的核心。因此，美国依然是普通法国家。究其原因，从法的传统上看，英国法曾经是北美殖民地具有最高影响的法，在独立战争前，英国普通法就已经在殖民地的立法、司法和法律教育中打下了烙印。从政治上看，北美殖民地在与英国政府及其殖民地的代表进行斗争中，他们所用的法律武器都是普通法上的权利，他们所遵循的法律和政治理论，也都是洛克等英国思想家、法学家的法律和政治思想。从文化上看，在美国居民中多数是讲

英语的英国移民，共同的语言和民族传统，对接受普通法传统起到了决定性的作用。即使在汉密尔顿这样的建国元勋的脑海中，仍然把英国的政治、法律制度看做是全世界最好的典范。可见英国因素在美国人心中是根深蒂固的。这恐怕就是当代人们所说的基因的因素的影响吧。因此，英国法的因素在美国独立之后不但没有在美国人的心中被彻底抹去，反而随着时间的推移，成为了美国法中的基本因素。这是人类特有的对于自己的历史、文化、传统的延续性和继承性在人性中之使然。

3.新兴的普通法国家

美国在普通法得到确立的过程中，发起了编纂法典运动。这一运动始于19世纪30年代，在律师菲尔德（D.D.Field，1805—1894年）的倡导下，纽约州于1847年成立了一个法典编纂委员会，到1865年共起草了五部法典——《民事诉讼法典》、《刑事诉讼法典》、《刑法典》、《民法典》、《政治法典》，其中的《民事诉讼法典》废除了普通法的所有诉讼形式，而代之以新的程序，纽约州只采用了该部法典和《刑事诉讼法典》。后来，有30个州采用了《民事诉讼法典》，16个州采用了《刑法典》和《刑事诉讼法典》，有4个州全部采用五部法典。1858年，佐治亚州编纂了一部无所不包的法典，其包括四个部分：州政治和公共组织、民法典、诉讼法典、刑法典，整部法典长达4700条，其内容基本是以法典的形式对当时既存的法律的系统汇编，佐治亚州于1860年采用了这部法典。

南北战争结束后，美国的经济得到了飞速的发展，成文法的确定性逐渐为美国法律界所认可。1878年，美国成立了律师协会，其任务之一就是致力于统一各州的法律。1892年正式成立了“统一州法全国委员会”，其成员由各州州长选派，每年举行一次会议，其主要任务是通过起草并向各州推荐成文法典，以使各州法律趋于统一。自其成立以来，它起草了大量的法典和法规，被广泛采用的主要有：1896年《统一流通票据法》，1906年《统一仓库收据法》和《统一买卖法》，

1909年《统一股票交易法》和《统一提单法》，1914年《统一合伙法》，1918年《统一附条件买卖法》，1933年《统一信托收据法》及1946年《模范公司法》，等。20世纪美国最著名的成文法典要数1952年由美国法学会和统一州法全国委员会编纂的《统一商法典》，到1968年，除路易斯安那州外，所有的州都采用了它。这个法典囊括了上述几乎所有的商业法规。现在，各州中一半有自己的刑法典，加利福尼亚、佐治亚等四州采用了民法典，许多州都有诉讼法典。

尽管如此，从整体来说，美国还是以判例法为其主要法律制度，美国的司法机关通过对制定法的司法审查和司法解释，通过经常不断创造新的判例，始终是法律的主要创制者。因此，美国至今仍然是实行普通法的国家，只是美国的普通法已经完全不同于英国传统的普通法，其不仅成文法呈爆炸性涌现，而且随着政府活动的大大增强，各类规章、条例几乎到了泛滥成灾的地步，其篇幅也越来越增容到令人无法想象的地步。例如，旨在遏制华尔街贪婪的《多德—弗兰克法案》，当初奥巴马签署的法案版本，已经由多德议员提议之初的56页，和弗兰克议员提议的77页，扩容至848页，涵盖了近400项条款，这项法案被称为美国金融史上最冗长的法案。在此之前，美国金融法案基本没有超过50页的，1864年颁布的美国银行体系的法案只有29页，1913年的《美联储法案》也只有32页，《格拉斯—斯蒂格尔法案》也不过37页。在奥巴马2010年7月21日正式签署《多德—弗兰克法案》之后的两年里，法案由2010年7月的848页，到2012年7月已经膨胀到了令人窒息的8843页。而法案的执行细节才仅仅完成了1/3。难怪有人戏称，当全部法案细则出台之后，全美国恐怕只有两三个最牛的律师事务所能真正搞明白这部法案究竟说得是什么。普通律师和金融从业人员要想弄明白它的内容，至少也得8年、10年的时间。当然，这部法案有着它的独特性，法案变得如此复杂和令人难以想象，是因为华尔街利益集团的不断地从中搅局所致。但是，这也从一个侧面反映了美国法治发展中存在的问题，这就是，在法治发展进程中，利益集团的作用越来越明显，这是一个国家法治走向逆势的标志，一个真正的

法治社会是不允许这种情况发生的，因为，法律是民众共同利益的反映，而非某个或某几个利益集团谋取利益的工具。如果出现了这种情况这个社会就是危险的。勤劳缔造辉煌，贪婪摧毁大厦。这是一个千古不变的真理！

美国是一个新兴的普通法国家，也是最早的一个试图把两大法系的特点紧密融合在一起的国家。

（二）独特的进步之路

在美国时间不长的法治进程中，有一个独有的特点，那就是一些小人物同样会成为法治进程的推动者，而且名垂史册。

在19世纪40年代，美国波士顿曾经出现过一位被称为“缓刑之父”的修鞋匠。约翰·奥古斯都是一位每日在波士顿法院门外的大街上摆摊修鞋的鞋匠。他每天看着行色匆匆的各色人等从他的面前走进法院的大门。他也经常随着人流进入法院去观看各种案件的审判过程。1841年8月的某日清晨，一个衣衫褴褛、蓬头垢面的青年人被带进了法院。这是一件因被告涉嫌违反麻省有关酗酒闹事的法律规定的刑事案件。虽然这只是一种轻微犯罪，但如果被告没有钱交纳保释金，那等待他的就只有冰冷的铁窗。但在那种小偷扒手、抢劫犯、诈骗犯云集的“监狱大学”里熏陶过的人，即使在进去之前是清白之身，等到出来时也会变成一个对社会充满仇恨的职业罪犯。约翰在法庭上见过不少这样的例子。怀着一颗纯净的恻隐之心，约翰走到这个青年人的身边悄悄地和他交谈起来。经过交谈，约翰得知，这个青年人是一个机械维修工，女朋友已经怀孕，他不想进监狱，他保证，如果他不入狱，他将一生戒酒，好好工作，重新做人。但他现在没有钱交纳保释金。约翰觉得，这个青年人还有希望变成一个对社会有用的人，于是，他决定作他的担保人，保释他出去。约翰的这种古道热肠打动了法官，当时波士顿监狱早已人满为患，而且，这个青年人一进监狱好人也会变坏。于是，法官下令：被告人延期三周审判，三周之后再回到法庭

上来，法官到时将视被告的具体情况而作出最后判决。三周以后，约翰亲自陪同被告人返回法庭，这时那个原先蓬头垢面的醉鬼，已经变成了一个容光焕发的年轻人。约翰向法官递上了他写的证明这个年轻人三周以来滴酒未沾，一直勤奋工作的证词，同时递上证词的还有警察和牧师，他们同样证明约翰所说的情况基本属实。法官当场宣布释放被告人，并象征性地对被告罚款一分钱。那个年轻人紧紧地拥抱着约翰鞋匠，感激涕零。从此以后，这个人变成了一个守法勤劳的好公民。此后的17年里，约翰鞋匠总共为2000多人做过“缓刑担保人”。不久，麻省正式通过一项法律，在州司法部之下成立一个缓刑司，来推广这种新的刑事司法制度。之后，全美国30多个州也纷纷效法麻省设立缓刑司，而鞋匠约翰·奥古斯都则成为了全美国的“缓刑之父”。今日美国，据说有近60%的罪犯采用缓刑方式来进行教育和改造。除了缓刑之外，美国司法界还发展处了诸如假释、赔款、强制治疗、重返社会教育、社区矫正等多种人道主义的司法方式。而这一进步的历程，则归功于170年前那位小人物——波士顿鞋匠约翰·奥古斯都。注

小人物同样可以推进法治的进程。

克拉伦斯·吉迪恩（Clarence E. Gideon）是美国佛罗里达州巴拿马市的一个白人穷汉。1961年，他因涉嫌闯入一家台球厅行窃而被捕，被控从台球厅的酒吧内窃取了十几瓶灌装饮料、啤酒和葡萄酒，以及从自动售货机中盗窃了总额为65美元的硬币。1961年6月，州地方法院开庭审理这件吉迪恩案。由于吉迪恩一贫如洗，无钱聘请律师，他要求法官为他提供一位免费律师。可是，根据佛罗里达州的刑事诉讼法的规定，州法院只为那些被控死罪的穷人提供免费律师，由于目前控方对被告的指控离死刑远了去了，所以法庭不能向他提供免费律师。结果，在没有律师帮助的情况下，只有初中文化水平、对法律一窍不通的吉迪恩获刑5年监禁。在服刑期间，他利用监狱中的图书馆刻苦自学法律，特别是对于美国修正案有关的法律和案例尤为用心。经过一番恶补之后，他在狱中用铅笔给联邦最高法院大法官写了一份“赤贫人申诉书”，在申诉书中，用刚刚学会的几天的法律术语，为自己的案子

鸣冤叫屈。他声称，自己因贫困而被州法院无理剥夺了请律师辩护的宪法权利，依照宪法第14条修正案的规定，各州政府“不经正当法律程序，不得剥夺任何人生命、自由或财产”。因此，州法院违反了正当程序原则，判决不公。吉迪恩在申诉书中，没有解释自己冤案的细节，而是紧紧抓住与州政府有关的宪法第14条修正案不放，使申诉书显得很有份量。当时的最高法院大法官沃伦（Earl Warren，1953—1969年任职）正好对于美国当时的司法程序中存在的缺乏对穷人平等权利保护的严重问题，特别关注，希望通过一些案例来修改现行的法律和判例。因为，根据“不告不理”这一防止司法部门过份揽权的制衡原则，法院又无权主动采取任何主动行动修改现行的法律和判例。吉迪恩的这份申诉书来得恰是时候。于是，最高法院很快决定立案审理，案子称为“吉迪恩诉温赖特”（温赖特时任佛罗里达州监狱的监狱长）。沃伦大法官推荐曾任罗斯福总统的内阁内政副部长、著名的大律师福塔斯（Abe Fortas）出任吉迪恩的免费律师。在法庭辩论中，他认为宪法规定的律师权条款，不能沦为只有富人才能享受的法律特权，这显然违反了宪法第14条修正案中关于对公民平等法律保护的条款。所以，宪法第6条修正案规定的律师权条款，应当属于第14条修正案中“正当法律程序”的一部分，州公民的律师权应纳入联邦政府的保护范围，而不应由各州自行决定。尽管代表佛罗里达州出庭的律师竭力反对福塔斯的观点，1963年3月18日，最高法院9位大法官全体一致裁决，律师权属于公平审判的最基本内容，应当纳入宪法第14条修正案中“正当法律程序”的保护之列。布莱克（Hugo Black，1937—1971年任职）大法官在判决书中指出，任何一个被指控的人，如果因贫穷请不起律师，就不会受到公正的审判，除非法院给他指派一个律师，这才是显而易见的真理。他的结论是：“在刑事法院，律师是必需品，而非奢侈品。”就这样，吉迪恩，这个一贫如洗的穷汉，终于在最高法院为穷人打赢了一场争取律师权的官司。在又经历了州地方法院的开庭审理之后，吉迪恩被当场释放。当然，在州地方法院打的这场官司中，按照最高法院新订的规定，法院为吉迪恩免费提供了一位辩护律师。

颇具戏剧性的是，警方后来发现，这起盗窃案的真正案犯竟然是当年在审判吉迪恩时，被检察官认定向法庭提供的主要证人，一名名叫亨利·库克（Henry Cook）的游手好闲之徒。他故意陷害吉迪恩以求逃脱法律的惩罚。当时，警方急于破案，偏听偏信，误抓了吉迪恩；而检察官单纯追求检方的胜诉率，在证据不足的情况下，利用穷汉吉迪恩没有律师的不利处境，有意地挑选了对吉迪恩不利的陪审员和证人，致使吉迪恩自案件一开始就陷入了有口难辩的困境。所以，吉迪恩的这桩冤案，实际上是由警方、检方和审判方三方共同造成的。这也足以引起我们对于美国司法制度的质疑和反思。

在吉迪恩案件结束后，全美各州监狱中，共有数千名在押犯因当年受审时没有钱请律师辩护，后来都获得了重新开庭复审的机会。复审后，多数人的最终判决是无罪释放。

吉迪恩，这位无权无势、文化不高、一贫如洗的穷汉，因大胆上诉最高法院，挑战美国现行的刑事审判程序的故事，在全美引起了很大的震撼。不仅各大媒体争相报道，好莱坞还拍摄了一部根据《时代》周刊常驻最高法院记者刘易斯（Anthony Lewi）撰写的、详尽报道整个案情的纪实性著作《吉迪恩号角》改编的同名大片。1972年，吉迪恩病逝后，美国公众自由联盟出资捐赠了一块大理石墓碑，为这位在美国法治史上留下了大名的小人物树碑立传。碑文摘自吉迪恩在那份申诉书中写下的一句话：“我相信，每一个时代都会发现法律的改善。”注

吉迪恩案件已经过去了半个世纪，但是，它依然留给我们太多的遐思：

1.法治发展的实践表明，并非只要把那些冠冕堂皇的法律术语和词汇写入宪法或者法律中，便就可以成为法治国家了，一部宪法或者法律只有成为一部活着的法律，使其在实践中根据现实的需要而不断地得到充实、更新和发展，才会具有长久的生命力。

2.一个设计合理的法律制度和社会制度，应当能够在不同的社会阶层和利益集团之间保持一种合理的和动态的平衡。(注)以保证不同社会阶层和利益集团的利益和权利得到平等地保护。不允许因为各阶层和利益集团的财富和权势的多寡和大小不同而享受到截然不同的权利和权利保护机制。

3.社会中的弱势群体在自己的权益遭到损害时，应当调动起自己的全部智慧勇敢地拿起法律武器为自己讨回公道，而不是将自己的生命、自由和荣辱依赖于所谓的“青天大老爷”和救世主。

4.作为统治者和国家机器的操作者，必须以维护和关注国家、人民、民族的利益为自己的神圣天职，否则，人民就有权纠正他们的行为。

实际上，即使像美国这样的国家，穷人要想得到真正高水平的法律服务，要想真正能够与富人平等地享有权利，恐怕也还要有很长的路要走，何况那些在法治的发展程度和进度上不及甚至远不及美国的国家了！

（三）宪法的卫士

在1800年的美国大选中，当任总统、联邦党（federalist party，1854年成立的美国共和党的前身）人约翰·亚当斯（John Adams，1735－1826年）落选，民主共和党(注)（Domocratic—Republican party，1828年成立的美国民主党的前身）候选人托马斯·杰弗逊当选为新总统，但要到1801年3月4日才能正式就职。1801年1月，亚当斯任命他的国务卿约翰·马歇尔（John Marshall）为联邦最高法院首席法官，又在2月国会通过巡回法院法案时，成倍地增加了联邦法官的人数，并通过了构成法（Organic Act），授权在哥伦比亚特区任命了42名治安法官，全部由联邦党人充任。参议院在3月3日批准了对这42名法官的任命，亚当斯总统连夜签发了对这42名法官的委任状。但由于过于匆

忙，有17名治安法官的委任状未能及时送出。3月4日，新总统杰弗逊一上任便命令他的国务卿詹姆斯·麦迪逊扣发了这些尚未发出的委任状，准备作废。于是，这17名治安法官中的威廉·马伯里（William V. Marbury）根据1789年的《美国司法法》第13条向联邦最高法院提起诉讼，要求派发委任状。最高法院根据马伯里的申请，命令国务卿麦迪逊说明为什么不颁发委任状，以考虑如何处理该案。但杰弗逊和麦迪逊对联邦党人控制下的法院极为轻视，认为在理论上民选的代表即使不具有绝对的最高性，也具有相对的独立性；否认司法机关有权向执行机关发布司法命令。加上经过改选，国会已控制在民主党人手中，并且正在对上届国会通过的巡回法院法案展开激烈的辩论。在这种形势下，如何判决马伯里一案，最高法院处于两难地位：如果驳回马伯里的请求，显然是向杰弗逊的民主党屈服；如果颁发令状，杰弗逊和麦迪逊显然不会执行，从而贻笑全国。采用任何一种做法都会形成行政和立法两部门不受司法部门牵制的危险局面。1803年，首席法官马歇尔在他起草的全体最高法院法官一致同意的判决书中，先是承认马伯里被任命为法官是合法的，是有权得到委任状的，而总统和国务卿不予颁发是没有理由的，马伯里的正当权利由此而遭到侵犯，是有权得到补偿的；但是，他却又说，最高法院不能颁发这样的执行命令，因为它超出了宪法第3条关于最高法院管辖权的规定。根据宪法第3条规定，最高法院除对极少数案件有第一审管辖权外，只能审理上诉案件，责成最高法院对公职人员颁发执行命令的1789年《美国司法法》第13条[注]的规定是同宪法相违背的，属于违宪之规定，理由是此条法律变相地扩大了联邦最高法院的初审权，与联邦宪法第3条相违背，应属无效。最后，他就联邦国会立法权的界线、宪法的最高法律地位、法院何以有审查法律的权力等问题作了长篇的论证，明确宣布“违宪的法律不是法律”、“阐明法律的意义是法院的职权”。在此，最高法院运用了司法审查（judicial review）这个手段摆脱了两难境地。从此，也开创了美国联邦最高法院审查国会法律的先例。这就是美国宪政史上

著名的“马伯里诉麦迪逊案”（Marbury v. Madison，5 U. S. 137，1803）。

此案的判决是在对美国三权分立（checks and balances）政治体制的精髓完全把握的前提下所作出的明智的判决，该判决既表明了自己政党（联邦党）的态度，同时也避免了全体大法官被弹劾的可能。马歇尔突破常规，宣布《美国司法法》第13条违宪。本来他可以把该条款解释为，最高法院在确有管辖权的案件中可以颁发执行令；他也可以把宪法第3条解释为，国会可以增加而不是缩减宪法授予最高法院的初审管辖权。他更可以以最高法院没有管辖权为由而不受理该案，也不去讨论马伯里是否有权获得委任状。但是，他的这一判决，一来改变了美国联邦最高法院原有的功能，将联邦最高法院原有的以诉讼审判为主，法律审查与宪法解释为辅的功能，转变为法律审查与宪法解释成为了最高法院的诸职能，而原来处于主要地位的审判工作反而居于其次了。这样一来，美国司法审查虽然不是从1803年“马伯里诉麦迪逊案”开始的，但是，司法审查权威的最终确立，却始于本案。二来本案使联邦最高法院成为联邦宪法忠实的保护者，使其真正担负起法律赋予的司法审查的责任。如果没有“马伯里诉麦迪逊案”，原来完全可以按照宪法第1条、第2条和第3条的规定，美国国会、总统和联邦最高法院分别解释它们自己的权力。然而，马歇尔大法官改变了这种政治格局，他在此案中解释道：何为法律，其解释权属于司法机关。法律与联邦宪法相抵触者无效，这是毋庸置疑的，绝无两可之余地。宪法的效力优于任何立法机关制定的法律。马歇尔大法官的这一解释，重塑了联邦最高法院的权力和威严。这就意味着，自此以后，国会制定的法律，如果与联邦宪法相抵触，就存在被联邦最高法院宣告无效之可能。而把这种违宪的法律宣告为无效，就成了联邦最高法院的责任。这个司法原理，现在不仅已经成为美国司法传统的一部分，并且已经成为美国公民权与自由的重要保障力量。就此而言，本案称为美国历史上第一案，实不为过。美国联邦最高法院成立两百年来，根据马歇尔的先例，取得了作为宪法权威解释者的统治者地位。[注]

美国联邦最高法院这种集克制和能动于一身的功能，两百年来在悄悄地改变着美国宪法，改变着这个国家，甚至这个世界。[注]美国的违宪审查制度对各国的宪法发展都产生了巨大的影响。不少国家仿效美国，采用司法审查违宪立法的制度。特别是拉美国家和英联邦国家采用这种制度的较多。据统计，至今为止，全世界约有60多个国家采用了这种制度。当然，大多数国家还是结合本国国情做了某些适应本国制度的规定。例如，美国各级联邦法院都可以审查违宪立法，当然最终由最高法院说了算。现在，凡采用司法机关作违宪审查的国家，大多数规定，只有最高法院才能审查违宪立法。高法院作违宪审查时，法庭组成也要变化，要吸收法学教授，政治家参加，违宪审查程序也有别于一般的法院审案程序。

从违宪审查发展的阶段来看，在进入20世纪90年代以后，进入了成熟的发展阶段。自此之后，不仅原来的西方国家，就是1989年剧变后的中东欧国家也都纷纷通过立法设立了宪法法院，并且赋予了宪法法院较大的违宪审查职权，宪法法院已经成为了宪法的捍卫者。例如，波兰早在1985年4月29日就制定了《波兰宪法法院法》；克罗地亚于1990年12月22日通过了《克罗地亚共和国宪法》，该宪法第5章规定了宪法法院的职权，1991年3月21日又通过了《关于克罗地亚共和国宪法法院的宪法性法律》；保加利亚于1991年7月12日通过的《保加利亚共和国宪法》第8章为宪法法院，并根据宪法，又于1991年7月30日通过了《保加利亚宪法法院法》；斯洛文尼亚1991年宪法规定了宪法法院的法律地位，并于1994年制定了《斯洛文尼亚宪法法院法》；阿尔巴尼亚在1992年4月29日通过的《阿尔巴尼亚共和国宪法》第2章详细规定了宪法法院的职权；罗马尼亚于1992年5月18日通过了《关于宪法法院组织和活动的法律》；斯洛伐克于1992年9月3日通过的《斯洛伐克共和国宪法》第7编“司法权力”第1章规定了宪法法院的职权，1993年1月20日通过了《斯洛伐克共和国宪法法院的组织、宪法法院的诉讼和宪法法院法官的地位的法律》；立陶宛于1993年2月3日通过了《立

陶宛宪法法院法》，并在1996年7月11日予以修正；捷克于1993年6月16日通过了《捷克宪法法院法》。

总体看来，200年前美国兴起的违宪审查制度，越来越受到现代民主和法治国家的重视。以宪法为核心的现代宪政制度也正日益成为现代民主和法治社会的重要的特色和标志。

五、法治的力量

（一）法治的力量实现了美国梦

美国著名历史学家威廉·曼彻斯特（William Manchester，1922—2004年），在20世纪70年代初出版了《光荣与梦想》（《The Glory and the Dream》）一书。该书在美国乃至全世界都引起了较为强烈的反响，美国各大报章赞誉纷纷。1979年，中国商务印书馆曾出版过本书的简体中文版，在中国广大读者群，尤其是在知识分子中影响深远，也极大地影响了一大批中国记者的写作手法。2004年，中国海南出版社又再版了该书。

《光荣与梦想》是美国的一部社会纪实作品，作者勾画了从1932年罗斯福总统上台前后，到1972年尼克松总统任期内水门事件的四十年间美国政治、经济、文化，以及社会生活的全景式画卷。这是一部场景宏大又描写细腻历史巨著。从“补偿金大军”风潮、经济大萧条、总统竞选、第二次世界大战、原子弹爆炸、朝鲜战争、越南战争、肯尼迪遇刺身亡、尼克松陷入水门事件，到美国人的精神风貌、社会时尚、各阶层的生活状况，再到演艺界的奇闻趣事、妇女的流行服装、青少年的时髦追求，甚至英语词汇的最新演变和人们的性观念，都做了面面俱到的讲述。这本书的一个最大的特点就是，书中充满了市井俗话和奇闻轶事，书中的故事情节让人在紧张中伴有危机感。在看这本书时，你可能时而会眼含热泪，时而会捧腹大笑，最终的结果就是

你会一口气把它读完。这部书应当是描述美国20世纪社会的最好的教材。

无论你如何评价美国这个国家，但是，一个不争的事实是——自从1893年美国的工业生产总值超过英国成为世界上国民生产总值最多的国家以来，整个20世纪，美国基本保持了政治和社会的稳定。即使把今天的美国跟20世纪的美国相比，实事求是地讲，它的硬实力不但没有下降，反而还上升了。

自从二战结束的70年以来，让美国人自己感到骄傲的事情至少有如下这几件：首先，美国赢得了冷战的胜利。这个胜利不是像有些人所说的是靠与苏联进行“战略对抗”而赢得的，我认为，主要依靠的是美国自身政治经济各方面的进步而赢得的。其最主要的表现就是冷战结束后，美国成为当时世界上唯一的超级大国，而没有因为长时期（自1946—1990年）与苏联的对抗而衰退或者崩溃。其次，发动了海湾战争。美国人自己出兵，让日本人和欧洲人出钱，最终以美国的完胜而告终。第三，“9·11”事件之后，美国先后出兵阿富汗和伊拉克，这两场战争也都打赢了。而自从打赢了这两场战争之后，美国本土就再没有出现大规模的恐怖袭击事件。最后，虽然2008年金融危机的影响至今都没有完全消散，但毋庸置疑的是，美国的经济还是复苏了。美国人巧妙地将金融危机的后果转嫁给了其他国家（主要是欧洲）。

除此之外，能够显示美国特殊的发展历程的另外一个表现，就是百年来美国股市的发展历程。

1929年美国爆发了影响全世界经济走向的大股灾。而引发这场股灾的罪魁祸首就是几家私人投资公司从美国第二大银行大通国民银行（Chase National Bank）借走了800万美元用于卖空银行的股票。而对于大通国民银行总裁Albert·H·Wiggin赤裸裸地操纵股市市场的行为和对投资者造成的伤害，在当时，却没有一项适用的法律能够将其绳之以法。正如《伟大的博弈》注一书所精辟地总结的那样：投机、市场操纵以及内幕交易肆虐正是1929—1933年股灾的重要原因之一。

股灾后的美国痛定思痛。股灾后接任美国总统的罗斯福认为股灾发生的主要原因是美国缺乏遏制和规范华尔街那些金融大佬们所操纵的肆意疯狂聚财的游戏的规则。于是，他针对股灾的第一项措施就是颁布了《格拉斯－斯蒂格尔法》（Glass-Steagall Act），该法确立了商业银行与投资银行的分立体制，避免混业经营所造成的违背公众利益的冲突与欺诈现象。紧接着在1933年5月27日，罗斯福又签署了美国历史上第一部规范证券交易的法律——《美国1933年证券法》。该部法律首次确立了信息披露制度和上市注册制度。它还有另一个不为大多数人所知的名字——“证券真实法（Truthin Securities Law）”。这个名字更直接地表达了该法所要解决的核心问题。

事情到此并未结束，1934年美国又颁布了《证券交易法》，对交易市场做出了明确的规范。为避免再度出现大萧条中很多经纪商因缺乏资本而破产的现象，《证券交易法》对经纪商和交易商的行为进行了限定，如向美国证券交易委员会（SEC）注定期登记财务报告、在市场紧张的时候维持足够的资本，等。正是在这部法案中，创立了美国证券交易委员会这个机构，并赋予SEC对交易所、从业机构及上市公司的监管权。在此以后，美国又继续出台了包括：《1935年公用事业控股公司法》、《1939年信托合同法》、《1940年投资公司法》和《1940年投资顾问法》在内的一系列法案及补充条款等，从而形成了一个规范美国证券市场相对严密的制度体系。这一时期，被称为“1933—1940法令潮”。因此，也正是这个“法令潮”保证了20世纪50年代之后长达半个世纪的美国股市大牛市的开启和延续。

从1933年—1954年，美国以养老基金和共同基金为主体的现代机构投资开始得到发展，养老基金也逐步成为股票市场最主要的机构投资者。正是在这一时期，美国股市真正进入投资时代，价值投资成为这一时期市场的主流方向。

纵观美国股市发展历史，从大萧条以来，直到20世纪50年代，美国股市才开始了一轮大牛市。资料显示，从1940年—1950年，道琼斯

工业指数累计上涨了33%。截至1950年，全美共同基金数量达到了98只，总资产达到25亿美元，这些机构投资者也成为当时股市中最主要的力量。在此期间，值得一提的事情是，在1934年底，本杰明·格雷厄姆（Benjamin Graham，1894—1976年）出版了经典书籍《有价证券分析》（Security Analysis）。在这本书里他提出来的新古典价值投资，影响了包括巴菲特等后来一大批投资大师。从这个时期开始，美国股市才宣告真正进入了投资时代，价值投资思想成为主流投资思想。

但是，需要特别指出的是，恢复了经济衰退对于投资者信心致命打击的主要利器，就是《1933年证券法》、《证券交易法》等法律，这些法律驱逐了过去的“丛林法则”，使投资者又重新回到了市场的怀抱之中。于是，这才有了从1950年到1999年期间，长达半个世纪之久的美国也是世界上史无前例的大牛市。这场大牛市，在几乎没有太多停顿的情况下持续上涨了超过1万点，对应累计涨幅56倍。也正是从20世纪50年代中期开始，直到70年代初，美国经济也进入了一个发展的黄金时代。当时美国经济的主要特点是低通胀、高增长。投资者们疯狂地追逐着美国钢铁、摩托罗拉、惠普等蓝筹股。而在20世纪60年代，美国股市迎来了一个更为疯狂的投资时代。当时市场上最热的板块是电子股和技术股，价值投资者则倾向于买入盈利不断增长的成长类公司，比如德州仪器。这导致上市公司通过不停地并购，来追逐利润增长的协同效应。

到20世纪70年代初期，机构投资者开始买入稳健并能长期持有的公司，包括可口可乐、通用电气、麦当劳等蓝筹股。但由于经济进入滞胀和石油危机双重影响，美股从最高点下跌了60%。

进入20世纪80年代后，美国股市则进入了机构投资者革命时代，大多数机构投资者抛弃了原来的“用脚投票”、“不积极参与公司管理”等原则，纷纷通过“用手投票”、“用谈判投票”的原则，来积极介入公司的运营。伴随着上市公司治理的愈加规范化，美国股市在20世纪90年代再次迎来了大牛市，期间道琼斯指数在10年间暴涨了接近4倍。

纵观这70年中，美国实力的顶峰时期当是在克林顿执政的20世纪90年代，特别是20世纪末。那时，美国的军事实力是绝对的世界第一，美国的军费开支大概相当于当时世界上其他所有国家军费开支的总和。当时，美国的经济总量占世界经济总量的30%到33%。今天，这个比例大概下降到20%到22%之间。但是，如果我们放眼全世界，我们会发现，实际上，在今天这个世界上，所有主要经济体的力量都在下降，包括日本和欧洲，如果拿它们现在的实际经济力量跟美国相比，美国的实力不但没有下降，而是还在上升。

美国是靠什么维持了自己100年的强大？我认为，除了其他众多因素之外，法治对于政治和经济社会的保障，乃是一个十分重要的因素。

在美国，任何事情只要上升为法律，那就神圣不可侵犯了。在美国，违反宪法是最大的犯罪。在美国人的脑海里，rule of law（法治）是比较容易理解的词语。以法治国的理念已经深入到美国人的精神世界里。行政、司法、立法三权分立，法律由国会和各州的议会来制定，司法部门负责确定一件事是不是违反宪法和法律。这一系列基本的法治体系早已成熟。一旦出现法律上的争执，不管是总统还是普通民众，都要由法院来做最终裁定。政府部门只是执行部门。就连小布什和戈尔谁是合法当选的总统，也要由最高法院来做最终的裁定。

2000年，在审理小布什和戈尔的选举争议时，美国最高法院判决的结果是5比4，即：5个倾向保守的法官对4个比较自由化的法官，最后，保守派法官赢得了胜利，他们支持小布什当选为美国第43届、第42位总统。对此裁定结果虽然存在着不同的看法和议论，但是，人们并没有认为法官不公正。民意调查发现，并没有美国人认为最高法院大法官不称职，或者他们应该被罢免，或者他们有什么私心。这就是美国的法治精神——任何事情只要上升为法律，那就神圣不可侵犯。

美国公民有着统一的社会价值观。美国是个移民国家，把这些来自于世界各个角落和民族、国家的人凝聚在星条旗——这个统一的旗

帜之下，不是一个种族概念、一个宗教观念、一套社会制度能够达到的，而是拥有一整套的、多元化的价值体系的结果。在这个体系中包括了自由、民主、法治、自由市场经济、政教分离等等价值观念。这些价值观的核心，就是美国人最愿意接受的“自由”（freedom，或者liberty），这是美国所有价值观中最根本的东西，其他的都是它的延伸和发展。一个人要想成为美国公民，他就必须宣誓服从美国的这些价值观，理解并且自觉地遵守并执行它们。

当然，美国的法治历程也充满了荆棘和坎坷，甚至血腥。直至二战全面开始后的1942年时，美国黑人还没有选举权。二战后，美国黑人为权利和自由而英勇斗争了几十年，期间出现了马丁·路德·金[注]那样的著名的民权运动领袖。再加上反对文化专制，反对单一宗教或者单一族群把持美国政治命脉的各种思潮，逐渐形成了今天这样的美国——多元文化主义的美国。如今，多元文化主义在美国稳稳站住了脚跟，它意味着——不同的种族、族群，持不同的宗教信仰、不同文化观念、不同语言、不同性取向的人群都可以成为美国人，他们都必须相互之间保持宽容。所以，宽容（toleration）也成为了美国价值观的重要组成部分。

2013年6月26日，美国最高法院宣布了由9名大法官以5比4的法官意见作出的一个裁决，认为《联邦保护婚姻法》将婚姻只定义为一男一女组合的条文违宪。这是美国最高法院对“美利坚合众国诉温莎”案[注]的判决中的核心意见。最高法院的判决认为，纽约州将同性结合认作婚姻是“反映了当地社区对婚姻制度既有历史根源的视角，也对其中的平等意义有与时俱进的特别理解”，是“州权的合理行使”。而《联邦婚姻保护法》将同性结合排斥在婚姻定义外，这就造成了“州法律维护的权益，被联邦法律贬损”的情况。这样，在一州中就制造了两种矛盾的婚姻制度。所以，《联邦婚姻保护法》第三款对于婚姻的定义，是以联邦法凌压州法，不符合宪法第五修正案的“法律平等保护人民”和“执法须由正当程序”内容。自此，同性婚姻在美国联邦层次上正

式合法化。联邦最高法院宣判说，各个州不应该制订法律不允许同性恋结婚。美国大公司纷纷站出来称赞这个判决。美国同性婚姻在法律上的地位，反映了美国司法界对于政治文明和法律解读方面的变化。在美国，虽然diversity，Ethnic diversity，Religious diversity（多样性，民族多样性，宗教多样性）被拿来作为了国家的一个招牌，甚至性取向也可以diversity。但是，有一项不能diversity，那就是持有枪支，美国人说，拿枪是我们的自由！这就是美国人所崇尚的自由观念！

美国的自由主义价值观分为两种类型。一种类型是从美国建国初期开始就有的比较保守的自由主义价值观，它认为，一个国家应该是小政府大社会，政府管得越少越好。另一种类型是比较开放的自由观，它认为，政府要起到更大的作用，政府要作为一种平衡器，去消除不公正，消除或者减少贫富差距。这两种自由主义都是自由主义，它们在永恒的争论中寻找平衡，从本质上它们最终还是一种自由主义价值观。这种自由主义价值观比欧洲很多国家都要更自由。英国人认为美国是一个右翼的国家，美国比欧洲还要右。但是，美国的无论何种价值观都是在法治之下的价值观，它们都不得也不能与美国的法治价值观相违背，这个法治价值观的核心就是自由：既然个人是自由的，那么只要我没有妨碍到你，都是可以的。所以说，美国是一个极端崇尚自由的国家，但是，个人行使自由的底线就是法律，任何人都不能成为超越法律的“自由人”。

在美国崛起的过程中，对于世界上各地人才的引进和使用的战略是一个巨大的成功。美国人十分明白，技术创新和社会发展还是要以制度创新为基础，而制度创新所依赖的是人才，没有人才的保障，所谓制度创新只能是空中楼阁，水中捞月。因此，对于人才的引进、培育、发掘和使用，是美国立国的基本战略之一。那么，美国所储存的人才来自何处呢？除了美国自己培养的人才之外，引进和利用外来的力量，乃是一个十分重要的渠道和途径。美国人很明白，美国的进步和技术创新所依靠的根本保障是人。但是，美国本土能够培育、发掘的人才极其有限，而美国的建国和200年的发展历程告诉了美国历届决

策者一个事实——美国是一个依靠移民发展起来的新兴国家，它的历史、文化与欧洲和其他大陆历史悠久的国家截然不同，持续不断地为社会和国家输入新鲜血液，是美国自从独立、建国之时起所依赖的极其重要的战略，如果离开了这个战略的支撑，美国是完全无法走到今天的。也就是说，在美国200年的发展历程中，对于外国各类人才的引进、使用，在实现美国梦的过程中，起到了决定性作用的。那么，他们引进人才的具体做法和对象的又是什么呢？他们的做法是：把世界各地的学术、思想和科学技术精英都吸引到美国去。无论你是中国人、日本人、印度人，还是欧洲人，也不论你的宗教信仰如何，政治倾向怎样，在你的祖国是何种身份，只要你有一技之长，只要你能够为美国创造财富或对美国有用，都可以成为美国人，为美国人和美国服务。同时，在美国又为这些人构建起能够充分发挥其才能的机制和机构。这就是美国有别于其他国家并且强大于其他国家的根本原因之所在。美国的一些机构每年都要在中国这样的发展中国家物色、发展一批又一批能够为美国服务的青年才俊，并把他们带到美国。这些人中既包括正在上大学的学生，也包括已经成名的各届才俊。美国在培养了他们之后，再根据每个人的具体情况、特长和意愿，来决定他们以何种方式来为美国和美国人服务。这些人之中有的又被派回他们的祖国，从事对于美国有利的事情和事业；有的则被留在美国实现他们各自的梦想；有的被再次回炉，接受更高层次的培训。但是，对于这些人美国也是有着自己的使用原则，那就是，这些人一般不得进入美国的决策层和掌握美国命运的领域，他们一般都服务于指定的某些领域，且受到美国法律的规制。现在，美国每年向全世界敞开的移民数量高达100万人，其中有60 万人是在美国国内改变身份的。这些人中自然不乏美国人认为可以为它所用的人才。美国每年不断更新的《移民法》，就是保证美国不断吸纳世界各地所需人才和新鲜血液的可靠保障和法律依据。

美国所进行的是一场比货币战争还要隐蔽、对世界控制更为严密的人力战争。

只有具有容纳百川的胸襟和气魄，才能实现民族腾飞的梦想。

美国百年的发展历史表明——美国的法治传统保证了它的政治稳定和经济腾飞。

（二）美国梦是否在破灭?

美国虽然在二战后实现了经济腾飞的“美国梦”，但是，走到今天的美国，却存在着太多的问题。而这其中最致命的问题就是贫富差距的日益扩大，而造成这种结果的根本原因，就是现在的美国实际上已经进入了一个完全由资本控制的国家。

中国的学者们现在都在讨论一个问题：如何将政府的权力关进笼子里？美国已经实现了中国学者们的这个理想，但是，关住美国权力的笼子并不是代表美国选民利益的笼子，而是金钱和资本的笼子。㊟

2009年9月14日，美国总统奥巴马来到了华尔街，他踌躇满志地要敲打敲打那些被认为是2008年金融危机的元凶的华尔街的金融大佬们，因为，他认为美国政府和美联储所实施的一项接着一项的救助银行的措施，包括美联储那救援性的16万亿美元的临时流动性资金和大规模的QE政策，足以让这些金融大佬们对他感恩戴德，至少会给他面子来聆听他针对这次危机提出来的金融改革法案的演讲。可是他做梦也想不到的是，那些华尔街的金融大佬们竟然一个都没有来！没有一个美国大银行的CEO出席美国总统的演讲！㊟这些大佬们并没有给他这个总统面子。他们并没有把总统当做救星，而是认为，如果没有他们的竞选经费，奥巴马是绝无可能当上这个总统的。现在你有什么资格来教训我们！于是，万般无奈的总统，只好于2009年12月14日再度邀请大佬们到白宫面议他的金融改革方案。结果，几个主要的大佬再次缺席，借口是因为天气的原因而无法前往白宫。好不容易终于搞出了一个号称是“大萧条”以来最全面、最严厉的、与被称为具有历史里程碑意义的《格拉斯—斯蒂格尔法案》齐名的金融改革法案——《多

德—弗兰克法案》，可是，却被金融大佬们修改得面目全非，已经完全失去了实用的价值。在《多德—弗兰克法案》里，堪与《格拉斯—斯蒂格尔法案》媲美的一个基本原则就是——银行不能只顾冒险赚钱，而不顾储户的利益。就是这样一个当代银行制度里最简单和基本的原则，却遭受到了极大的困境。而根据一些国际金融学者的说法，造成2008年金融危机的直接原因，是在克林顿执政期间废除了保持美国60年金融稳定局面的《格拉斯—斯蒂格尔法案》。平民出身的奥巴马却立志要遏制华尔街的贪婪，试图把华尔街的金融大佬们的无止境的贪婪，关进政府设置的笼子里。但是，结果却是由总统提议的《多德—弗兰克法案》被华尔街篡改得面目全非，美国贫富分化的活剧仍在继续上演。奥巴马所提出的为了穷人利益的医疗改革的举措，也完全没有达到预期的目的。现在，自2008年以来，美国富人集团所控制的财富已经超过了国民收入的50%，而这个数字，恰好是社会资源和财富合理分配的临界点，如果一个社会突破了这个临界点，也这就意味着社会已经进入了一个由盛转衰的拐点。所以，这就不奇怪为什么会自2012年以来美国民间掀起了“占领华尔街”的运动，并且，一时间传染到了整个西方世界。

从美国历史上看，1927年，美国的财富分裂就达到了第一个顶峰——10%的富人席卷了国民收入的50%，紧接着就发生了美国历史上最严重的经济大萧条。当时，占人口90%的美国中下层阶级，因在资产膨胀而喧嚣的20年代并没有分享到繁荣的红利，他们在国民收入中的比例从1917年的60%，下降到1927年的50%；而10%的富人则占有了国民收入的50%。美国自此陷入了内需不振的严重衰退之中，美国只能通过向欧洲推销“过剩”（不是真正的过剩，而是缺乏购买力的过剩）的工业品，同时，提供大量廉价的美国信贷，鼓励欧洲人购买美国货，以便继续扩张美国国内的生产能力。与此同时，美国通过提高关税阻挡欧洲产品进入美国，结果导致欧洲美元负债越来越高，从而压制了欧洲工业生产，刺激了资产泡沫，最终导致美元四处泛滥，美元负债高到无法偿还。其后果是——欧洲市场崩盘了，美国经济失去

了外需的拉动，又缺乏内需支撑，于是，成千上万家的企业破产了，数千家银行倒闭了，上千万人失业了。一场世界史上罕见的金融危机爆发了。一个国家，如果让90%的人口丧失消费能力，最终走向自我崩溃乃是必然之结局！

未来，就在历史中。

现实，更在历史中。

美国需要一场变革，需要一场以扭转和改变目前富人集团与平民间社会资源和财富合理分配比例的现状的变革。至少应当回到20世纪40年代到80年代期间，10%的富人占据了30%左右的国民收入，90%的平民阶层分享了70%左右的国民收入的局面；国家税负也应大致平衡，不再出现富人越富，缴纳的税款越少，而穷人越穷却缴纳的税负越多的状况。只要这样，美国人才可以继续他们的美国梦。而要避免这种情况的发生的最有效的方法和手段，就是运用法治的功能，通过构架起一座遏制人性贪婪和平衡社会资源与财富大致合理分配的法治大厦，来实现善良人们的美梦和理想。

法治的力道要用在正道上，切不可用歪了，让它变了形儿！

美国也仅仅是正走在了一条通向法治社会的大道上！

美国离严格意义上的法治社会也还有相当遥远的距离！

（三）结论

制度构建和改革的目的是为了夯实社会发展的基石。良好的制度永远是社会经济正常、持久地发育、成长和发展的正能量和驱动力。而法治恰恰是良好制度培育、产生、发展的保障和基石。

这些制度就是关住权力的笼子。但同时，我们似乎还应当去关注另外一些更为重要的问题——这个关住权力的笼子，是个什么样的笼子？它是由什么材料编制而成的？它的材质如何？牢不牢靠？有没有

打开它的钥匙？而要解开这些问题，所依靠的也仍然只有法治这把唯一的钥匙！离开了法治不仅编制不起来这个笼子，即使有了这个笼子，也无法真正地使用和管理好这个笼子。

这就是法治的力量和魅力之所在！

---

1. 见许海山主编：《美洲历史》，线装书局2006年版，第322页。
2. 《独立宣言》的中文文本见任东来等：《美国宪政历程—影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2013年版，第507—510页。以下不再标注。
3. 批准《邦联条例》的各州及具体时间：南卡罗来纳州1778年2月5日，纽约州1778年2月6日，罗德岛州1778年2月9日，康涅狄格州1778年2月12日，佐治亚州1778年2月26日，新罕布什尔州1778年3月4日，宾夕法尼亚州1778年3月5日，马萨诸塞州1778年3月10日，北卡罗来纳州1778年4月5日，新泽西州1778年11月19日，弗吉尼亚州1778年12月15日，特拉华州1779年2月1日，马里兰州1781年3月1日。
4. 制宪会议于5月14日揭幕，当时只有宾夕法尼亚和弗吉尼亚的代表到会，其他州的代表都因大雨被耽搁在了路上。直至5月25日一共到了7个州的代表，符合大会的法定人数。所以，按照预先的约定应是5月14日开会，可实际上是5月24日才凑足法定与会人数。我们在这里还是以预定的开会时间5月14日起算整个会议时间。
5. 参见【美】凯瑟琳·德林克·鲍恩：《民主的奇迹—美国宪法制定的127天》，郑明萱译，新星出版社2013年版，第109—116页。
6. 【美】亚历山大·汉密尔顿、詹姆斯·麦迪逊、约翰·杰伊：《联邦党人文集》，中国青年出版社2014年版，第14页和第15页。
7. 【美】亚历山大·汉密尔顿、詹姆斯·麦迪逊、约翰·杰伊：《联邦党人文集》，中国青年出版社2014年版，第466页。
8. “缓刑之父”的修鞋匠的故事可参见余定宇：《寻找法律的印迹—从古埃及到美利坚》【修订·典藏版】，法律出版社2010年版，第239—243页。
9. 吉迪恩案可参见任东来等：《美国宪政历程—影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2013年版，第231—247页。
10. 吉迪恩案可参见任东来等：《美国宪政历程—影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2013年版，第247页。
11. 联邦党人主张加强联邦政府的权力，反对激进的法国大革命；而民主共和党人则主张维护各州的自主地位，对外同情法国大革命。
12. 该条规定，联邦最高法院得向联邦政府现职人员下达命令、履行法定职责。

13. 莫纪宏主编：《违宪审查的理论与实践》，法律出版社2006年版，第128页。

14. 莫纪宏主编：《违宪审查的理论与实践》，法律出版社2006年版，第136页。

15. 《伟大的博弈—华尔街金融帝国的崛起（1653-2004）》（《The Great Game—The Emergence of Wall Street as a World Power （1653—2004）》）是由美国著名作家和经济历史学家约翰·斯蒂尔·戈登（John Steele Gordon）1999年出版的名著。中信出版社2005年出版了该书的中文译本。该书讲述了以华尔街为代表的美国资本市场发展历史的著作。该书以华尔街为主线展示了美国资本市场发展的全过程。书中运用大量的历史事实和经济数据，让我们全面和准确地认识了美国资本市场的发展过程。

16. 美国证券交易委员会（the U.S. Securities and Exchange Commission，缩写为SEC）根据1934年根据证券交易法令而成立，是直属美国联邦的独立准司法机构，负责美国的证券监督和管理工作，是美国证券行业的最高机构。证券交易委员会的总部在华盛顿特区。拥有5名总统提名、国会通过的委员，4个部，18个办公室，有职员3100多名。美国证券交易委员会具有准立法权、准司法权和独立执法权。

17. 马丁·路德·金（Martin Luther King,，Jr.，1929－1968年），1948年大学毕业，1948年至1951年间，在美国东海岸的费城继续深造。1963年，他觐见了时任美国总统的肯尼迪，要求通过新的民权法，给黑人以平等的权利。1963年8月28日，他在林肯纪念堂前，发表了著名的《我有一个梦想》的演说。曾获得1964年度诺贝尔和平奖。1968年4月，他前往孟菲斯市，领导工人罢工后，被人刺杀，年仅39岁。从1986年起，美国政府将每年1月的第3个星期一，定为马丁路德金全国纪念日。

18. 83岁的美国女同性恋者艾迪斯·温莎在加拿大与自己的同性伴侣克拉拉·斯拜尔结婚并一起生活42年。这42年间两人财产共享。2009年，斯拜尔去世，给温莎留下所有财产作为遗产。美国《联邦婚姻保护法》将婚姻定义为一男一女的结合，根据此法，如果温莎嫁给了一个男人，她将无需缴纳遗产赠予税；但因为温莎的伴侣是一个女人，美国联邦法律不承认这种跨国同性婚姻，因此她不得不上缴36.3万美元的遗产赠予税，无力支付的温莎遭政府控告。由此，温莎认为《联邦婚姻保护法》对已婚伴侣有两种不同的差别待遇，破坏了美国宪法“人皆平等”原则存在歧视，从而反诉美国政府，全案走向最高法院。

19. 宋鸿兵：《货币战争5》，长江文艺出版社2014年版，第247页。

20. Elizabeth Williamson and Damian Paletta， Obama Urges Bankers to Back Financial Overhaul，Wall Street Journal，Sep 14，2013.

第三节
权利的宣言

一、人和公民的权利宣言

（一）革命的洗礼

法国是一个充满了浪漫气息的国度，发生于226年前的那场大革命，也同样充满了法国人所特有的激情和浪漫气息。

1789年7月14日晨，巴黎市民攻打巴士底狱的战斗正式打响，在围攻方面遭受到死伤一百多人的损失，而被围困方仅有一人受伤的双方胜负悬殊的情况下，法兰西卫队和国民卫队在原下级军官乌兰和爱利上尉的率领下，冒着枪林弹雨，把一门大炮对准了巴士底狱。守卫巴士底狱的指挥官德洛内表示愿意放下武器，并在慌乱中放下了吊桥，围攻的人们涌进堡垒，结果有三名军官和三名士兵被杀，德洛内被人们带到市政厅门口处死，不久，巴黎市商会会长弗莱塞尔也遭到了同样的命运。巴黎市民们接收了市镇权力，并组建起了国民卫队。国民卫队司令拉法叶特把代表巴黎的红蓝二色作为国民自卫队的徽饰，而在红蓝二色的中间，又加上了代表国王的白色。这样，由拉法叶特设计的作为大革命象征的三色旗把新旧法国结合在了一起。

巴黎市民攻占巴士底狱的行动，粉碎了法国宫廷的反抗，宫廷当时所掌握的军队也不足以占领巴黎，于是，法国国王路易十六（Louis XⅥ，1754—1793年，1774年—1792年在位，路易十五之孙，法兰西波旁王朝复辟前最后一任国王，也是法国历史中唯一一个被处死的国

王。）决意退让，7月15日，他亲临制宪议会，宣布把军队撤走，17日，他来到巴黎接受三色徽饰。

但是，事情还远未结束。巴黎城内谣言四起，据传说，一支英国舰队应法国贵族的邀请开到布雷斯特港外。于是，市民又开始了新一轮的屠杀。这时，有代表提出设立平民法庭，议会对此置若罔闻，直到10月才决定把罪犯交付巴黎的沙特累初级法庭审理。制宪议会于7月成立了追查委员会，此即未来的公安委员会的雏形，而巴黎市政当局则另设了一个委员会。这时，有人主张战争和革命时期的治理方式应不同于和平时期，人们准备承认公民权在实施的范围上要顾及当时的局势。革命政府的理论由此产生。

与此同时，在巴黎之外的其他市镇，同样也发生了革命。在许多城市里，人们开始夺取银库、弹药库和军需库，成立常设委员会来负责组织民兵和向邻近市镇以致农民请求帮助。驻军的司令被逮捕，贵族和僧侣被禁止外出。在雷恩市，居民鼓励士兵开小差，发动了民变。当攻下巴士底狱的消息传开时，外省居民纷纷热烈庆祝，从此，资产阶级在各地接收了政权。但是，大多数的市镇革命都是和平地完成的。市镇当局或者吸收部分缙绅参加，或者改由选举产生。市镇革命的结果都是相同的，那就是，人们不再听从国民议会的命令，国王也丧失了任何权威。从8月开始，城市之间开始订立互助协议，从而使法国自发地变成了一个市镇联邦。当时的市镇居民最大的愿望是改革税制、废除间接税，统制粮食贸易。当时的情形是：赋税已经停止征收；盐税、间接税、入市税已被取消；粮食流通已被阻止或禁止；当局的公告和命令已不起任何作用。

乡村也发生了土地暴动。在诺曼底西部、埃诺和上阿尔萨斯，农民袭击贵族住所和修道院，焚毁文契档案，强行取消领主权，农民要求资产阶级提供捐赠。面对如此局面，城市的民兵开始下乡恢复秩序。除了正常的刑事法庭外，资产阶级又成立了特刑庭，有一些参加暴动的农民被判处绞刑。与此同时，盗贼之祸也一天比一天可怕。

饥民骚乱、土地暴动、盗贼四起、国民卫队查抄贵族住所、下乡征粮，这些事件更加引发了法国社会的大恐慌。革命者和贵族互相职责对方制造了恐慌。但是，这种恐慌没有延续多长时间，它从7月20日延续到8月6日。但是，不容置疑的是，经过这些暴动和革命的洗礼，法国的农民和城市的平民已经站起来了。法国从此开始了一个新的历史阶段。

（二）8月4日之夜

就是在这样的一个大背景下，在攻占巴士底狱近一个月后的1789年8月3日至4日夜晚，一百多名制宪议会议员聚集在法国巴黎阿摩利咖啡馆，商讨制宪议会决议案的措辞以及力争使决议获得通过所应采取的策略。阿摩利咖啡馆又名“布列塔尼俱乐部”[注]，早在4月末，布列塔尼的议员到首都以后，逐渐养成了到这里来共同协商事情的习惯，其他省区的议员不久也加入了这个团体。参加俱乐部的人们决心用一种神奇的魔力带动整个制宪议会，向着永久解除法国封建权的方向前进。

8月4日晚间，首先由诺亚依子爵提出了一个议案，厄基养公爵给予了附议。于是，议会在一派热烈的气氛中一致同意：在法律面前人人平等，除人身依附应无偿取消外，其他封建权实行赎买。接着，其他提案也纷纷获得通过：刑罚平等，人人得以出任公职，废除官职捐纳制度，将什一税改作可予赎取的贡赋，宗教仪式一概免费，禁止教士兼职谋利，废除百岁捐（即新任主教把任职第一年的全部收入赠送教皇）。最后，各省和各城市放弃自己享有的特权。但是，以上这些决议当时并未见诸文字，因而制宪议会于次日继续开会，直到8月11日为止。但是，可以明确的是，8月4日晚间在那次布列塔尼俱乐部的会议上所作出决议，原则上实现了国家的法律统一，推翻了贵族在乡村的统治，迈出了财政改革和教会改革的第一步。在这一切准备就绪之后，制宪议会开始讨论宣言，讨论于8月20日开始，至8月26日为止。

于是，宣言与8月26日正式发布，其名为《人和公民的权利宣言（法文名字：Déclaration des Droits del'Homme et du Citoyen；英文名字：Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）》（通称《人权宣言（Declaration of Human Rights）》）。

（三）旧世界的丧钟

宣言全文由序言和17个条文组成。序言部分主要说明了颁布宣言的目的，即："把自然的、不可剥夺的和神圣的人权阐明于庄严的宣言之中，以便本宣言可以经常呈现在社会各个成员之前，使他们不断地想到他们的权利和义务；以便立法权的决议和行政权的决定能随时和整个政治机构的目标两相比较，从而能更加受到他们的尊重；以便公民们今后以简单而无可争辩的原则为根据，永远确保宪法与全体人民之幸福。"

正文的17个条文主要涉及到人民权利、国家法治和政权方面的一些基本原则。

1.关于人民的权利与自由

宣言的第1条宣布："在权利方面，人们生来是而且始终是自由平等的。除了依据公共利益而出现的社会差别外，其他社会差别，一概不能成立。"这实际上明确了人权是自然、天赋的。

宣言明确了人权的范围和内容。第2条规定："任何政治结合的目的都在于保护人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫"；第7条规定："除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续，不得控告、逮捕或拘留任何人。凡动议、发布、执行或令人执行专断命令者应受处罚"；第10条规定："任何人都不得因其意见、甚至信教的意见而遭受干涉"；第11条规定："自由传达思想和意见是人类最宝贵的权利之一，因此，各个公民都有言论、著述和出版的自由"；第14条规定："所有公民都有权亲身或由其代表

来确定赋税的必要性，自由地加以认可，注意其用途，决定税额、税率、客体、征收方式和期限”；第17条规定：“私人财产神圣不可侵犯，除非当合法认定的公共需要所显然必需时，且在公平而预先赔偿的条件下，任何人的财产不得受到剥夺”。

同时，宣言把自由定义为：自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。（第4条）但是，又明确了对于自由的限制：“各人的自然权利的行使，只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限制。此等限制仅得由法律规定之。”（第4条）

可见，宣言在确定了人权的范围——产权、平等权、人身自由权、言论自由权、宗教自由权、确定税赋等的同时，还规定了人权行使的前提、条件、限制和保障。如其第4条规定：“……各人的自然权利的行使，只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限制。此等限制仅得由法律规定之”；第10条规定：“意见的发表只要不扰乱法律所规定的公共秩序”；第11条在规定了公民有言论、著述和出版的自由的同时，又规定“但在法律所规定的情况下，应对滥用此项自由负担责任”。为了能够保障这些人权的行使，第12条规定：“人权的保障需要有武装的力量；因此，这种力量是为了全体的利益而不是为了此种力量的受任人的个人利益而设立的”。

2.关于法治

宣言明确规定了基本的法治原则：“法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为”（第5条）；“法律是公共意识的表现。全国公民都有权亲身或经由其代表去参与法律的制定。法律对于所有的人，无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的，故他们都能平等地按其能力担任一切官职、公共职位和职务”（第6条）；“根据法律而被传唤或被扣押的公民应当立即服从；抗拒则构成犯罪”（第7条）；“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以

外，不得处罚任何。”（第8条）；“任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪，即使认为必须予以逮捕，但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应受到法律的严厉制裁”（第9条）。

可见，宣言确定了一些列近现代法治原则：“法无明文不被禁止”、“法律是公共意识的表现”、“在法律面前人人平等”、“无罪推定”、“罪刑法定”、“法不溯及既往”、“严禁酷刑”等。

3.关于国家政权

宣言第3条规定，国家整个主权的本原，主要是寄托于国民。任何团体、任何个人都不得行使主权所未明白授予的权力。第16条规定：“凡个人权利无切实保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”这两条实质上已经确立了国家政权建设的两大主要的原则，即“主权在民”和“分权”。

由上述可见，宣言实际上已经确立起了近现代国家政权的基本框架，它的公布，在敲响了旧世界的丧钟的同时，实际上宣告了旧制度的灭亡和新社会的诞生。正如法国学者总结的那样：“这个文件既是自由、平等和国民主权的宣言，又是平民革命所消灭的旧制度的‘死亡证书’。”[注]它是法国资产阶级革命高潮中制定的一部具有宪法性质的政治纲领，他吸收了孟德斯鸠、卢梭等法国启蒙思想家的理论，推动了法国大革命的进程。同时，它也为法国建立近代政治和法律制度提供了依据，为其后制定宪法、民法典、刑法典等提供了依据。1791法国宪法就是以它作为序言，之后各个阶段的法国宪法，也大多将其作为序言，或把它重新宣布。即使是法国现行的1958年宪法也在其序言首句规定：“法国人民庄严宣告：他们忠于1789年的《人权宣言》所规定的，并由1946年宪法序言所确认和补充的各项人权和国家主权的各项原则。”

《人权宣言》传遍了世界的任何一个角落，影响了世界其他国家，成为了这些国家制定本国政治纲领的依据。1791年批准的美国宪

法前十条修正案，即“权利法案”，其出台及具体内容都受到了《人权宣言》的直接影响。因此，《人权宣言》是迄今为止近代宪政和法治史上最重要的纲领性文献之一，其所包含的法治原则和精神永垂史册。

二、伟大的法典

（一）酝酿及诞生

凡是来过法国的人，只要一看到那座位于法国巴黎市中心的建筑物——凯旋门，就不约而同地会想到一个在法国乃至欧洲历史上都留下了赫赫威名的人物——拿破仑·波拿巴（Napoléon Bonaparte，1769—1821年，即拿破仑一世Napoléon I，1799－1804年任法兰西第一共和国第一执政，1804－1815年任法兰西第一帝国皇帝。）。当人们在为他在保卫法国和横扫欧洲大陆的战争中所建立的丰功伟绩及表现出来的非凡的军事才能所震撼所欢呼的时候，也许，你不曾注意到，他在荣登法国皇帝宝座的同时，还得到了另一个令他无比自豪的学衔——法兰西科学院院士，这是一个令他终身为之陶醉和倾倒的头衔。据说，在他为自己印制的名片上，印的头一个头衔不是法兰西帝国皇帝，而是法兰西科学院院士。当他被放逐于大西洋圣海伦娜孤岛时，他在总结般地评论自己一生功过的时候，曾经说过这样的一段话：“我真正的光荣并非打了四十次胜仗，滑铁卢之战抹去了关于这一切的记忆。但是有一样东西是不会被人忘记的，它将永垂不朽——那就是我的民法典。”而他的被授予法兰西科学院院士的原因，就是因为他主持编订了这部举世闻名的《法国民法典》。

在最初的《法国民法典》第一版的封面上，我们看到它的赫然的标题是：“法国人民的民法典”。要解说这部民法典的由来，我们还得回到欧洲的中世纪时期。

公元五世纪，西罗马帝国灭亡，欧洲从此进入了封建制时期——人们把这一时期叫做中世纪。在西部日耳曼人建立的诸王国中，最先强大起来的是诞生于高卢北部的法兰克王国。应当说，欧洲的封建制度是古老的罗马遗产和日耳曼传统相结合的产物。日耳曼的军事征服者没有能力直接管辖其辽阔的征服地区，在建立王国的时候，就把新占领的土地分封给自己的亲兵扈从、廷臣以及教会。接受封地的封臣必须与宗主，也就是国王订立封建契约，以明确彼此之间的权利和义务关系：封臣拥有受封的土地，他根据传统享有封地上的经济收益和司法权力，国王一般无权干涉封地内的事务；封臣必须承担组织军队、保护王国以及缴纳各种特定税赋等义务。

获得封建的贵族视其封地的大小和地位的重要与否分别使用不同等级的爵号：公爵、侯爵、伯爵、子爵或男爵。封建主通常将他们的领地建成或大或小的庄园，领主在庄园险峻的地方建立居住和拱卫领地的城堡。

欧洲中世纪典型的领主城堡，一般是一座独立的团城似的建筑物，在其外围有护城河、巍峨的城门、吊桥、高大的城墙、角楼和屯兵的堡垒；围城里面则有若干大小不一的供人居住的建筑物和各项基本生活设施，如水井、作坊、市场等。在城堡的中心地带，一般有一个较大的公共广场，广场周围建有高大、辉煌的建筑物和教堂。整个城堡自成体系，与外界相对地独立。平时，这里既是封建领主的居住和主要活动场所，也是比较集中的商业区和领主举行重大仪式、聚会和接见平民的场所。战时，则是防守的军事堡垒和屯兵所在，里面一般还有军火库、器械作坊等军事后勤设施。在这些城堡的周围，分布有大小庄园，这些庄园被分成若干小块，由依附于庄园的自由农和农奴耕种，同时，他们向领主提供劳役和一些特定的财物。整个庄园成为一个基本自给自足、墨守成规的乡村社会。

欧洲的封建制度同古代中国社会相比，相同的是农民对于土地的依附与小生产方式；不同的是法律关系及其政治组织方式。这种以土

地所有权和人身依附关系为核心内容的封建制度，使任何中央集权和君主专制均失去了存在的基础，整个社会笼罩在贵族政治、等级和阶级的种种特权之下。应该说，欧洲中世纪的封建制度提供了一种基于法律，主要是契约的忠诚与信任，养成了将私人财产与社会义务相联系的传统精神。作为一种文化，它同欧洲近代出现的资本主义文明有着某种内在的联系。也可以说，早在欧洲中世纪时期，在欧洲就已经埋下了近代资本主义文明的种子。

公元843年，法兰克王国分裂为三个独立王国，法兰西王国就是其中之一。另两个是今天的德意志和意大利。法兰西王国是中世纪西欧封建制度的中心，它的法律制度也比较典型。

法兰西王国依然承袭法兰克王国的法律渊源，包括日耳曼法、罗马法、教会法和王室法令。在各种因素的相互作用之下构成了复合型的法文化。

综观法兰西千年法制史，在地理上以卢尔河为界，分南北法区。南为罗马法区，北为习惯法区。两者各占法国疆域2/5和3/5比例。

在时间上以朝代为界，可将法兰克王国分为3个时期：

第一个时期为9到12世纪的封建割据时期，此时以习惯法为主，法源颇为分散，在适用时，主要靠法官的记忆和口传的惯例，没有其他准则。其中城市习惯法占有重要地位。最著名的就是巴黎习惯法，它不仅适用于法国，还传播到法国海外殖民地，如加拿大，直到19世纪以前，仍适用巴黎习惯法。这些城市习惯法渊源于罗马法。

第二个时期为12到16世纪的等级代表君主制时期，此时罗马法影响渐大，王室法令地位上升，教会法作用逐渐减弱。这时，来源于日耳曼的习惯法已不能适应商品货币关系的发展，而产生于早期商品经济时期的罗马法则更能适应当时的需要。罗马法的影响逐渐由南部扩大到北部地区，对罗马法的研究也相应地加强。法王法兰西斯一世曾聘请意大利法学家在大学里讲授罗马法，于是，在全国研究和传播罗

马法蔚然成风。在司法实践中，罗马法成为法官断案的最具有权威性的准则。这就为资产阶级革命后，法国成为以罗马法为基础实现法律统一的典型国家打下了深厚的理论和实践基础。

第三个时期为16到18世纪的君主专制时期，这时，君主的敕令作用明显地加强，王室法令凌驾于其他法源之上，大有一统天下之势。但是，这些敕令大多则仍渊源于罗马法。

其实，罗马法区与习惯法区也并非泾渭分明。南部不乏日耳曼因素浓重的习惯法，北部在习惯法未涉及处，也采罗马法以弥补它的不足。特别是伴随着12世纪《国法大全》的被发现，罗马法影响自南往北缓慢推行，习惯法逐渐为罗马法所改造。同时，罗马法与习惯法之间的差异，也因教会法的影响而缩小。而作为法律的传播和研究者的实务法律家阶层，这时也开始与国王达成一种结盟的关系，他们帮助国王修改法律、制定对内、对外政策，成为国王在政策和法律上的实际助手，他们折衷习惯法与罗马法，调和了教会法与世俗法之间的摩擦和矛盾，并以法典的形式颁布系统的王室法令，使得法国法由南北对峙、僧俗相争的局面，逐步向统一化、民族化、系统化发展，这就为以后大陆法系的形成奠定了实践基础。

由此可见，即使在封建君主统治时期，罗马法仍然是欧洲大陆一些主要王国的重要的法律渊源，直到18世纪大革命之前，罗马法在欧洲大陆始终没有被割裂或抛弃过。这种不间断的法律文化的延续，造就了罗马法在欧洲大陆的迅速崛起，最终奠定了近代民法产生和发展的社会文化基础。

轰轰烈烈的法国大革命揭开了世界历史的新的一页，它敲响了封建制度的丧钟，宣告了全新的资本主义社会的诞生，也揭开了法国近代法的序幕。

法国大革命以后，法国的立法经历了两个发展阶段：第一个阶段是初创时期，从1789年革命开始到雅各宾派专政时期结束为止，第二个阶段是第一帝国时期，也就是拿破仑时期。

自从1799年7月27日“热月政变”颠覆了雅各宾派专政以后，一些靠供应军需品和投机倒把而致富的“暴发户”建立起了由五个督政官组成的督政府，因而助长了王党的气焰，引起了经济的混乱，使得刚刚建立的资产阶级政权摇摇欲坠。这时，正在埃及前线指挥法军作战的拿破仑回到了巴黎，于11月9日发动了雾月政变，推翻了督政府，建立起了以拿破仑为首的执政府，从此开始了拿破仑的独裁统治时期。在以后的十年时间里，拿破仑以其罕有的胆识和卓越的智慧，邀集了一批思想稳健的法律家，结合革命原则和传统观念，建构起包括宪法典、民法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典和刑法典在内的完备的六法体系。全面规定了资产阶级法律制度，贯彻了个人主义和自由主义法制原则。这是一个以罗马法为蓝本、以民法典为基础、以宪法为根本法的有机整体。它的出现，标志着以法国法为代表的大陆法系的形成。

应当说，拿破仑的上台，在当时是顺应了时势的发展需要的。

18世纪末19世纪初的法国，在一场摧枯拉朽的大革命后，客观上要求建立起稳定的新秩序。否则，革命的成果便会在动荡中得而复失。所以，必须有一个强有力的政府来担当此重任。顺应时势的拿破仑借助资产阶级的扶持，通过政变掌握了政权，结束了长达10年的剧烈动荡，建立起了稳定的秩序，拯救并完成了革命，并为大规模的法典编纂活动提供了坚实的保障。所以有人说，有了拿破仑的执政才使得编纂民法典的条件成熟，而拿破仑本人对编纂民法典又抱有极大的兴趣。他在编纂民法典的过程中自始至终都倾注了全部的心力，他想在他的有生之年，一举完成法典编纂的伟业，以便作为历史上伟大的立法者而名垂青史。事实上，他的这个宏愿最终还是实现了。拿破仑，这个名字伴随着这部民法典的诞生而响誉世界，并为后人所永远纪念。

在法国，早在大革命前就已经出现了要求法律统一的要求和趋势，那时，各地的习惯法仍发挥着作用，对同一事件，在不同的村子

和地方所依据的法律和习惯以及得出的结论就完全不是一回事。法国大革命爆发后，资产阶级在宪法中正式提出了"迅速颁布统一的民法典"、"全王国共同的民法典"的要求。在1789年颁布的《人权宣言》等法律、法令中，就提出了诸如废除婚姻的许多宗教和封建束缚、允许自由离婚、宣布妻子与丈夫地位平等、宣布儿女都享有平等继承权等基本民法原则。拿破仑上台以前，资产阶级曾多次提出制定民法典，但由于各派思想和观点不统一，未能成功。1799年雾月18日，拿破仑发动了政变，建立起拿破仑第一帝国，颁布了《共和国八年宪法》，为法国民法典的制定创造了政治条件。1800年8月12日，拿破仑主持成立了民法典起草委员会，该委员会在四个月内完成了民法典草稿，召开了102次审议该草案会议。参政院为讨论民法典草案召开过87次会议，由拿破仑主持的就有35次。从1803年2月5日到1804年3月15日陆续在立法院通过该法典全文。

整部法典于1804年3月21日，由拿破仑签字公布实施，1807年9月9日命名为《拿破仑法典》，1814年第一帝国被推翻，恢复《法国民法典》的名称。1852年拿破仑的侄子路易·波拿巴称帝后再度称为《拿破仑法典》，1870年他倒台后，正式称为《法国民法典》，但习惯上仍称《拿破仑法典》。从此，拿破仑的名字就伴随着这部法典而传遍天下。直到今天，人们习惯上仍将这部法典称为《拿破仑法典》。

（二）法国民法体系的核心

1804年制定的《拿破仑法典》是法国民法体系的核心。

法典由前编和3编正文构成，正文共35章，计2281条，共为三部分：

第一部分为人，分为12编：民事权利；身份证书；住所；失踪；婚姻；离婚；亲子关系；收养子女；亲权；未成年监护及解除权；成年与受法律保护的成年人；紧密关系民事协议与同居。

第二部是对财产和所有权的规定，主要包括对财产的分类、所有权的法律保护及财产使用等内容。分为4编：财产的分类；所有权；用益物权、使用权与居住权；役权或地役权。法典以详尽的条文严格保护私有财产所有权，明文规定："所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益、处分的权利。"这就肯定了无限私有制的原则，对于法国经济的发展提供了法律上的保障。

第三部分为是对取得财产各种方法的规定取得财产的各种方式，分为1个总则及20编：继承；生前赠与及遗嘱；契约或约定之债的一般规定；非因约定而发生的债；夫妻财产契约与夫妻财产制；买卖；互易；租赁契约；公司；借贷；寄托与讼争物的寄托；射幸契约；委托；保证；和解；仲裁；质押；优先权与抵押权；不动产扣押与债权人之间的顺位；时效与占有。注

整部法典的三分之二的内容是调整财产关系的，从静态的财产所有权关系，到动态的财产流转关系，都纳入到该部法典之中。她所表现出来的庞大的体系结构，涵盖了作为社会细胞的家庭关系和社会经济关系的各个方面。

（三）法国文化的象征

《拿破仑法典》体系庞大，条文众多，都围绕着一个中心，那就是维护资本主义所有制。但是，它言简意赅地规定了资产阶级民事关系的基本原则和具体内容，对于巩固法国资产阶级革命的成果，促进资本主义的发展，具有巨大的历史意义。该部法典成为许多资本主义国家民法的典范，几乎所有大陆法系国家的民法都是根据它的基本原则和精神及主要内容而制定的，只是在篇章、结构和具体内容上在结合本国的具体情况和当时的政治、经济发展的需要而有所删改或变化。所以，恩格斯称它是一部"典型的资产阶级社会的法典"。

从《法国民法典》颁布到今天200年的时光已经悄然逝去，虽然，社会的政治、经济生活已经发生了翻天覆地的变化，但是，《法国民

法典》现在仍是法国民法的重要支柱。它的文字和精神虽经多次修改，但其结构和阐述方法至今未变，法国民法的基础和各项原则仍要到民法典中去寻找。在这两个世纪中，法国宁可以小修小补的方式保存其整体的存在，而不愿以新法典取代之，足见其在法国人心中的崇高地位了。

对于这部民法典来说，毋宁说这是一部200年前的民法典，倒不如说它已经成为法兰西文化的一部分，是法国文化的一个象征。

从法制史的角度来说，正是有该部法典的诞生，才拉开了世界近代法制的序幕，预示着一个更加丰富多彩、色彩纷呈的法律世界的到来。

民法，这个古老而年轻的、随着时代发展而日益活跃的法学学科和社会现象，迎来了她自罗马法以来的又一个蓬勃发展的黄金时期。

（四）民法法典化的源头

所谓法典化，是指国家立法机关把基本法律部门的原则、概念和规范在有关理论的指导下，按一定体系进行组合排列，编纂成具有系统性、确定性以及内部和谐一致的法典，再以若干单行法作为补充，形成比较完整的制定法体系；在法典所涉及的问题上旧法失去效力；法官必须遵守法典的规定，不能行驶造法职能。[注]法典一词，在词典里有三层含义：一是指古代的各种法律的统称；二是指书面形式的法律部门相对全面的法律体系；三是将同一性质或同一种类的法律规范通过系统编纂而成的法律。[注]从法典化的角度讲，这里所指的应当是第三层含义。至于法典化的基本条件可以概括为四点：其一，具备严谨的、合乎逻辑的法律编纂技术；其二，具备由原则、概念和规范构成的法典模型；其三，具备内在的统一性和协调性；[注]其四，法典所编纂或者含有的内容一般是同一性质或同一种类的法律规范，如民法典、刑法典等。

那么，从世界范围内看，民法法典化究竟肇始于何时呢？对此主要有三种观点，第一种观点认为，早在罗马时代，就已经开始了民法法典化运动。其主要根据就是由查士丁尼领导编纂的《国法大全》。第二种观点认为，民法法典化的真正历史源头应在《德国民法典》，认为《德国民法典》发展出一套结构严谨、体系完整的近代民法理论。而且，整个民法体系具有一气呵成的逻辑顺序，每一个概念在民法中均有其特定的位置，不能相互替代和混用。他们认为，《法国民法典》在民法体系的研究上不尽完善，只能称为“半法典化”。(注)第三种观点认为，民法法典化肇始于《法国民法典》。理由是《法国民法典》开启了民法法典化的先河，《德国民法典》只是对于《法国民法典》的发展与变异。笔者赞同第三种观点。因为，《法国民法典》毕竟是人类历史上第一次真正意义上的把带有同一内容和性质的法律规范，按照一定的逻辑、结构、体例，有目的的，按照一定秩序排列、组合、集中在一起，加以编纂、汇集的一次伟大的立法活动，而且，它的影响也已经远远超出了一个国家，甚至一个大洲，实际上它的出现开启了人类立法活动的一个新的纪元，它彻底摒弃了过去诸法合体的传统的立法模式，为人类的立法活动，尤其是民法的立法，开辟了一个崭新的模式和榜样。以后的《德国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》、《荷兰民法典》等等无一不是《法国民法典》的发展与变异，如果没有《法国民法典》的这一先河，也就不会出现以后的这些民法典，应当说，以后出现的这些民法典是在《法国民法典》的基础之上发展起来的，至少是受到了它的巨大启发和影响。因此，这也说明，在《法国民法典》出台百年之后再次掀起民法典编纂的高峰，也就不足为奇了！

三、行政法院之母

（一）特色

法国是最早实行行政裁判制度的国家，其行政法院与普通法院是互不隶属的两个法院系统，行政案件与普通案件分别由行政法院和普通法院管辖。它们之间的分工是：政府的行政活动只受行政法院管辖，而普通法院不能插手，而且行政法院审理行政案件适用独立的诉讼程序，即行政诉讼程序。这一点是法国式行政法院与英美式的行政裁判所的主要区别之所在。英美国家只有一个法院系统，行政案件与民事案件均由同一个法院即普通法院管辖，而且适用同一的诉讼程序，即普通诉讼程序。而法国行政法院行政法院与普通法院是并列且互不隶属的关系，它们各自履行着各自的职责，而且各自都有自己的系统。这是法国司法制度一个最大的特色。

（二）背景

法国行政法院的产生，与法国近代历史的发展有着极为密切的联系。从16世纪开始，资产阶级的势力逐步强大起来，法国的工商业在法国政府的支持之下也得到了迅速的发展。但当时的法国法院掌握在封建势力手中，这样就出现了行政部门和普通法院之间的矛盾。到了17世纪，法国的司法裁判权几乎全部掌握在各地的高等法院之手，其中尤以巴黎高等法院为甚。而各高等法院拥有两项重要的权力：掌管法规的登记备案和作出具有法规效力的判决。这就造成了司法机关立法的局面。这样法院就利用其手中的权力，拒绝登记和执行政府反映资产阶级利益和要求的法令。从而，行政部门与普通法院之间产生了互不信任的矛盾，并经常发生冲突。在法国大革命时期，法国的普通法院再次充当了维护封建势力的堡垒，因此，大革命后，新上台的资产阶级政府便禁止普通法院受理行政诉讼案件。而早在封建王政时期，法国各地就已经存在着一些专门的行政法庭负责受理行政案件，如审计法庭、森林法庭等。此外，在中央还设有王室顾问性质的国王参事院，依法受理人民因行政机关违法或不当侵害权利而提起的诉讼案件。这是法国行政审判制度的滥觞，也是后来行政法院的先驱。㊟

法国行政法院的产生也同样有着其深刻地思想理论背景，其基础就是孟德斯鸠的三权分立学说。孟德斯鸠指出，国家的最高权力可以分为立法权、行政权和司法权，这种三种应当彼此独立，由不同的机关来行使，以达到它们彼此间相互制约。而法国在理解与解释孟德斯鸠这一理论时认为，行政机关不能行使司法权，同样，司法机关也不能行使行政权；而行政纠纷按其性质应属于行政行为所致，理应由行政机关自己处理，不应由司法机关即普通法院处理，否则便是司法权代替了行政权。正是基于此理论，产生了解决行政纠纷的专门机构——行政法院。

（三）体系

现在的法国行政法院大致可以分为普通行政法院和专门行政法院。前者审理一般的行政案件，后者则仅就某类特殊的行政争端有管辖权。普通行政法院包括：

1.最高行政法院

它既是中央政府的立法咨询机关，同时又是最高行政审判机关，是全国行政法院共同的最高法院，法国总理是法定院长，但实际上是由内阁任命的副院长负责。它分为6个小组，其中5个小组为行政组，1个小组为审判组。它大约有300名成员，其中100名是兼职。

2.上诉行政法院

该法院只有上诉管辖权，没有初审管辖权。它可以受理地方行政法庭所有是上诉案件以及专门行政法院的上诉案件。

3.行政法庭

其为一般权限的法庭，是法国本土和海外建省的领地的地方行政法庭。凡法律未规定由其他法院管辖的一切行政诉讼案件，都以行政法庭为初审法庭。

4.行政争议法庭

该法庭是没有建省的海外领地的行政诉讼机构，它与行政法庭一样都是普通行政法院中的基层法院，只是所管辖的地域不同罢了。

专门行政法院有：审计法院、财政和预算纪律法院、补助金和津贴法院、战争赔偿法院等等。它们各自负责各自领域里发生的行政诉讼案件。

（四）文化

法国行政法院的重心是尊重个人自由、保护人民权利。法国法律规定，除法律有明确规定外，不得随意限制公民的权利自由，否则即为违法。法国行政法对于以下各项公民权利自由给以最广泛的保护：

> 1.对公民的人身自由限制采取“以自由为原则，警察限制为例外”的原则，行政机关只有在公共秩序遭受威胁或为了公众的自由而必须采取限制措施时，才可以由警察机关对公民的人身自由作必要的限制。
>
> 2.对公民的宗教信仰自由、教育自由、营业自由、财产权等，行政机关不得以任性、专横限制之。
>
> 3.人民的基本自由只能由法律加以限制，行政权除因确信公益上有其必要而为行政处分外，不得擅自增加公民的义务、减损公民的权益。

可见，法国行政法和行政法院制度是对法国所固有的保护公民个人权利自由的法治精神之贯彻及反映。这种精神与《人权宣言》的精神一脉相承，也是法国行政法文化的独有特色。

---

1. 布列塔尼俱乐部成立于三级会议时期，是雅各宾俱乐部的前身，也被称为宪政之友社或雅各宾自由和平等之友社，是法国大革命中最著名的政治团体。其正式名称为宪政之友社（1789—1792年）或雅各宾自由和平等之友社（1792—1794年）。该社团从1793年至1794年领导过革命政府。雅各宾派就起源于位于凡尔赛的布列塔尼俱乐部。布列塔尼出席1789年三级会议的代表到这个俱乐部会见来自法国其他各地的代表，共商行动大计。约在1789年12月国民公会迁到巴黎后，改名为宪政之友社，但仍通称为雅各宾俱乐部。

2. 【法】乔治·勒费弗尔：《法国革命史》，商务印书馆2010年版，第137页。

3. 关于法国民法典体系之内容参见罗结珍译：《法国民法典》，法律出版社2005年版。

4. 参见由嵘：《从法典化传统看中国制定民法典的必要性》，载杨振山、【意】斯奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第158页。

5. 商务印书馆辞书研究中心修订：《新华词典》，商务印书馆2001年修订第3版，第252页。

6. 参见何勤华、魏琼主编：《西方民法史》，北京大学出版社2006年版，第514页。该书实际上提出了法典化至少应当具备四个条件，笔者赞同其前3个条件，不认为“法典是最正式的、最高的法律渊源”的提法，因为，任何经过国家立法机关通过的法律都是正式的和法律的渊源，其适用性是平等的，除非存在有特别法优先于普通法的情况。法典的性质和适用性与其他法律的性质和适用性是一样的。

7. 参见何勤华、魏琼主编：《西方民法史》，北京大学出版社2006年版，第518—519页。

8. 参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年版，第168—169页。

第四节
庄严的法典

一、时代的呼唤

（一）19世纪的德意志

19世纪的欧洲是一个动荡、黑暗的年代。法国经过屡次政权的更迭，拿破仑时代的威风已一去不返。特别是普法战争和巴黎公社的诞生，大大损害和动摇了法国在欧洲的声望和地位。而这时，另一个在当时的欧洲尚处于分裂割据状态的德意志，却随着铁血宰相俾斯麦完成了对德意志的统一而悄然崛起。

德意志人是日耳曼人的自称。德意志位于欧洲中部。公元9世纪，法兰克王国瓦解，由施瓦本、巴伐利亚、萨克森等日耳曼部落族组成的东法兰克王国形成德意志国家的雏形。公元919年，萨克森公爵亨利一世当选为国王，创建了萨克森王朝，开始了德意志封建王朝的统治，这同时也被认为是德国历史的开端。

19世纪中叶德国资本主义有了进一步发展，人民迫切要求消除已经持续了几百年的封建分裂局面，实现民族的统一。在欧洲各国资产阶级民主革命的感召下，1848年3月，德国爆发了资产阶级民主革命。这次革命，打击了封建贵族，破坏了农奴制，形成了有利于资本主义发展的局面。但由于革命的失败，德意志各邦的封建专制制度并未摧毁，国家的统一并未完成。

但是，在经过了19世纪30、40年代工业化浪潮的洗礼，使得资本主义经济制度在德国获得确立，为近代德国的形成提供了经济基础。

从1850年到1870年的这20年间，德意志在经济上迅速成为欧洲最发达的工业国之一。特别是经过1850年普鲁士进行的自上而下的农业改革，使得整个德国的农业经济由封建经济逐渐地向资本主义的农业经济转变。在这种情况下，国家的统一就显得更为迫切。

1861年，普鲁士亲王威廉一世（Wilhelm I，1797－1888年，全名威廉·腓特烈·路德维希Wilhelm Friedrich Ludwig，1861—1888年任普鲁士国王，1871年就任德意志帝国第一任皇帝。他死后，因为德意志统一的伟大成就，被其孙威廉二世尊为大帝。）即位，第二年，任命俾斯麦（奥托·爱德华·利奥波德·冯·俾斯麦，Otto Eduard Leopold von Bismarck，劳恩堡公爵，1862－1871年任普鲁士王国首相，1871-1890年任德意志帝国首任宰相，人称“铁血宰相”Eiserner Kanzler，被誉为“德国的建筑师”及“德国的领航员”。）为普鲁士宰相。俾斯麦公开宣称将以“铁与血”来解决德国统一问题。1864年，普鲁士战胜了丹麦，1868年普鲁士战胜了奥地利。1867年，建立了以普鲁士为首的北德意志联邦，这就为4年以后建立统一的德意志帝国奠定了基础。1870年开始的普法战争，以法国战败而告结束。德意志南部的各邦也于1870年底加入北德意志联邦，扫除了德国统一的最后障碍。

1871年1月，普鲁士国王宣告德意志帝国成立，他自己就任帝国皇帝。同年4月，帝国颁布了《德意志帝国宪法》。至此，德国基本完成了国家的统一。

自十世纪初德意志建国到十九世纪末，在这近9个世纪中，德国的法律发展史经历了两个时期。

第一个时期，是神圣罗马帝国时期，这个时期的法律渊源主要有以下4个方面：

第一是习惯法。这种习惯法直接渊源于法兰克王国由日耳曼演变而来的法律习惯。到13世纪时，出现了习惯法汇编，较有代表性的是《萨克森法典》和《士瓦本法典》。前者由萨克森的骑士兼法官艾克·冯·李普高编著。它的内容主要包括萨克森东部地区的习惯法和其他各

州吸收了若干教会法内容以后的部分习惯法，编写它的目的在于试图以当时的习惯法来抗拒罗马法。它的正文主要包括郡法院中执行的普通地方法和调整封建主之间关系的采邑法。法典除了被适用于德国北部之外，还曾适用于德国东北部、荷兰及波兰地区。后者由一名不知姓氏的教士所编辑，以德国南部的地方习惯法、查理大帝的敕令、罗马法和教会法的某些规范为主要内容。因为它特别注重士瓦本地区的习惯法，而被后世称为《士瓦本法典》，该法典还在东欧和慕尼黑等城市所适用。

第二是帝国时期的立法。这些由帝国议会颁布的法律和法令涉及各个法律领域，其中最著名的是1365年颁布的《黄金诏书》和1532年颁布的《加洛林纳法典》。前者因其盖有用纯金制作的皇帝印章的印鉴而得名。主要内容是确认了从13世纪以来皇帝由七大“选嫡侯”选举产生的制度，并确认了选滴侯的各种特权。后者是一部刑事法典，规定了纠问主义的诉讼原则和犯罪及其处罚的内容，它所规定的剖腹、分尸、点天灯等酷刑，对德意志刑事法律具有较大的影响。

第三是罗马法。在历史上，罗马帝国从未统治过德意志地区，因此，罗马法在帝国初期，对帝国也没有什么影响和地位。但是，随着罗马法在意大利开始复兴，德国也逐渐接受了罗马法，并产生了特殊的影响。

神圣罗马帝国素以罗马帝国的正宗继承人自居，在与教皇和贵族的争权斗争中，德皇也需要用罗马法主张君权至上的思想来支持他拥有最高统治权，最主要的还是14世纪以后德意志地区商品经济，尤其是城市经济的发展，使得原有的以农业自然经济为基础的封建习惯法已经无法满足社会的需求，而罗马法对商品关系的周密系统的规范，以及它的内在的严格的逻辑性，足以对当时的社会进行有效的调整，所以，罗马法在当时逐渐被认为是一种普遍的真理。

在德国宣布继受罗马法之后，有两个措施对罗马法在德国的传播产生过重大影响：一是于1495年设立的帝国法院，确认罗马法是法院

在审理案件时适用的主要法律，法院的法官也多是罗马法专家。二是德皇宣布，凡取得罗马法博士头衔的人，均可按贵族来对待。这无疑加强了罗马法学家的社会地位，也激励了人们对罗马法的学习。当时在布拉格大学、海德堡大学和维也纳大学都把罗马法作为一门主要的课程。法学家们所研究的对象主要是优士丁尼的《国法大全》中的《学说汇纂》，这最终导致在19世纪时，德国产生了世界上著名的“潘德克顿法学”，这个法学流派的产生和发展，直接影响到了19世纪末《德国民法典》的诞生。

第四是地方法。这是12世纪以后在神圣罗马帝国境内各封建领地所实施的带有局部意义的邦法，它们是在日耳曼习惯法的基础上形成的，它们的表现形式是地方习惯法和地方法院的判例，在帝国后期，这些邦法也走向了法典化。其中最具有代表意义的是1794年实施的《普鲁士邦法》。

正是这部邦法一直沿用到1900年《德国民法典》颁布实施时才被宣布废止。

第二个时期，是德意志帝国建立前后和德国法的形成时期。也就是19世纪初到19世纪末的这100年期间。

1806年，在拿破仑法国的军事压力下，神圣罗马帝国皇帝被迫退位，宣告了帝国的灭亡。但是，各邦国依然存在，其中的普鲁士王国开始崛起，它颁布了一系列有关解放农奴、城市改革和调整地主与农民关系的法令，使普鲁士走上了资本主义的发展道路，它与奥地利一起成为德意志最有实力的邦国。1815年，以普鲁士和奥地利为首，成立了“德意志邦国联盟”，向德国的统一迈进了一步。1834年，成立了以普鲁士为首的“德意志关税同盟”，促进了统一市场的形成。

在原有的帝国法令失去效力以后，出现了一些近代意义上的宪法和法律。如1848年的法兰克福宪法，1850年的普鲁士宪法，1811年奥地利的民法典，各邦适用的《普通德意志票据法》、《普通德意志商法典》。这些法典的制定，使得德意志各邦的法律逐步走向统一。

（二）法典之论争

在这一时期，在德国国内展开了一场旷日持久，影响深远的论战。这场论战的核心是关于是否要制定法国民法典式的统一的法典。

对于18世纪末19世纪初的欧洲来讲，最大的政治事件，莫过于法国大革命以及随后发生的拿破仑对于欧洲的征服以及英国、普鲁士和奥地利为主要成员的反拿破仑的战争。在短短的20多年的时间里，整个欧洲成为了一个巨大的政治舞台，戏剧性的事件接连不断地发生。而德国在此时还只是一个观念上的存在物。在政治上德国尚处于四分五裂的状况，各邦之间在政治上只有松散的联系。但是，在经历了18世纪狂飙突进的文化运动之后，特别是在反法战争之中，德国人民以保家卫国、捍卫自由相号召，在驱逐了拿破仑获得独立之后，德国的民族意识空前高涨，仇视法国，热爱德国成为德国人的共识。这样的意识感染了政界和学术界。政治家们在考虑德国的统一问题，而这种政治上的统一，首先需要有在法律上的统一为基础。于是，通过法典编纂，实现私法统一的任务，很自然地便纳入了议事日程。

最早提出在德国编纂一部统一法典的是希罗塞尔，他在1777年出版了题为《关于制定一部完善的德国民法典的建议和计划》的著作。在1789年他再次涉及这一问题，写了《论一般立法，特别关于普鲁士法典草案》一文。在这些著作中，他论证了进行统一的法典编纂的必要性。而真正地涉及到关于在德国是否应该制定一部统一的民法典的学术辩论，则开始于瑞赫贝格。他在1814年撰写了《拿破仑法典及其引进到德国的问题》一书。他认为德国与法国不同，不存在一场需要通过法典编纂来纠正革命。因此，在这样的情况下，德国制定法典无异于在市民生活关系领域人为地发动一场革命。

之后，围绕是否应该制定一部统一的民法典问题，在当时的德国法学界展开一场旷日持久，并且对后世产生了巨大影响的论战。这一论战牵涉到了当时德国一些著名的法学家、哲学家和政治学家，其中

比较有名的如德国海德堡大学教授蒂堡，柏林大学校长萨维尼，伟大的哲学家黑格尔、马克思等。

这一辩论虽然迟延了统一法典的制定，但却促成了德国法学研究的蓬勃发展，形成了德国的“潘德克顿法学”。它以罗马法中的《学说汇纂》为主要对象，结合当时的德国实践，对民法制度和理论进行了全面梳理和阐释，号称“现代罗马法”，使德国民法学站在了世界法学的前列，也为统一法制提供了理论基础。

在第一阶段的辩论落下帷幕的半个世纪以后，随着德国在铁血宰相俾斯麦的率领下政治统一大业的逐渐完成，法律统一的任务也被正式提上议事日程。但是，在涉及到编纂中的实际技术性问题时，还是发生了激烈的辩论。这场辩论实际上是半个世纪前那场辩论的继续和延伸。

（三）法典的制定

《德国民法典》的编纂工作开始于1874年，这一年的2月28日，成立了一个“准备委员会”，决定制定民法典的计划。这一年的6月22日，帝国参议院设立了一个由11名委员组成的委员会，从事起草工作。这个委员会工作了13年，于1887年末完成草案，1888年1月31日将此草案连同5卷理由书一并公布，供公众讨论。但是，这一方案却遭遇到了一场反对风暴。在反对人物中最具有代表性的是基尔克。他在《民法典草案和德国法》一文中认为法律应该反映人民的真实的生活关系中的规则，而该草案完全忽视了那些起源于德国历史中，并且继续存在于人民的生活之中的传统法律制度。同时该草案打破了存在于德国家庭和社会成员之间的伦理联系和相互信赖关系，而代之以非人格化的极端个人主义的原则。

不仅德国的法学界对于第一稿进行了批评，外国学者也对这一草案进行了评论。维也纳的社会主义学者门格尔在《民法与贫困者阶

层》一书中，明确提出了合同自由可能会被经济上的强者滥用而成为剥削经济上弱者的工具。

但是，这些反映了新的时代的中肯的意见并没有对德国民法典的编纂产生什么影响。

帝国司法部在将各种意见汇集后，参议院于1890年又任命了一个新的委员会对第一草案进行讨论。1895年完成了第二草案，将它提交参议院。参议院略作修改后，1896年1月17日帝国首相将此草案连同司法部的意见书提交帝国议会，这就是第三草案。议会在指定一个委员会对这第三稿进行了53次审议后，于1896年7月1日通过了草案，7月14日参议院同意，8月18日皇帝批准，8月24日公布，定于1900年1月1日施行。与民法典同时公布施行的还有民法典的附属法律——《民法典施行法》、《关于强制拍卖与强制管理的法律》、《不动产登记法》和《非讼事件程序法》以及与民法典有关的几个相关的法律——《法院组织法》、《民事诉讼法》、《破产法》、《商法典》。

至此，德国民法典的编纂工作全部结束。

二、庄严的法典

（一）体例结构

《德国民法典》共有5编，2385条。第一编总则，规定了民法的基本制度、原则和概念。主要包括：民事法律关系的主体，分为：人；物和动物；法律行为；期间；消灭时效；权利的行使、自卫、自助和担保的条件七个部分。

第二编债的法律关系，规定了债法的基本概念和制度。包括：债的关系的成立，产生债的关系的原因，债的变更转让，债的消灭和保证等。其中对合同之债作了特别详细的规定，列举了各种具体的合

同，并规定了合同当事人的权利和义务。具体包括：债的内容；因一般交易条款而形成的法律上的债；因合同而形成的债；债的消灭；债的转让；债的承担；多数债务人和债权人；各种之债。

第三编物权法，规定了物权的基本制度和内容范围。包括：物权的取得和丧失、物权的限制、物权的种类等。具体规定了占有；地上权的一般规定；所有权；役权；先买权；物上负担；抵押权、土地债务及定期债务；动产质权和权利质权。

第四编亲属法，主要规定了婚姻和离婚、婚姻的效力、夫妻财产制度、家庭关系、监护制度等。具体包括：婚姻；亲属；监护、照管及保护。

第五编继承法，规定了继承顺序；继承人的法律地位；遗嘱；继承合同；特留份；继承不适格；继承的抛弃；继承证书；遗产买卖。注

《德国民法典》是德国私法的一部分，包括适用于一切在法律往来中的市民相互之间关系的规则，它位于整个德国私法体系的中心。注但是，与法国不同的是，《德国民法典》公布后，同时或相继公布了一些必要的附属法律，这些法律都与民法典同时施行，主要包括：《民法典施行法》、《关于强制拍卖与强制管理的法律》、《不动产登记法》和《非讼事件程序法》，其中最主要的是《民法典施行法》，其共218条，分为4章，其详细地规定了民法典与其他法律的关系、与各邦的邦法的关系，以及一些过渡性规定，全面而彻底地统一了全德的私法。

《德国民法典》的这些内容反映了近代民法的一些基本原则和倾向。

应该说，《德国民法典》仍是一部传统的民法典，它继承了1804年《法国民法典》制定以来的民法的基本精神和原则，即自由和平等原则。平等是民法上的人人平等，权利平等。自由是行使权利自由，

契约自由，遗嘱自由。这正是近代法学理论，以至政治理论的最高原则。

《德国民法典》的制定和颁布，是世界民法发展史上的一件大事。它既是德国民法长期发展的结果，也是德国民法学发展的成果，对德国法的统一做出了重要贡献。同时又奠定了德国民法进一步发展的基础，至今这部颁布于19世纪末的《德国民法典》，虽然已被多次修改，但是它的基本精神和原则仍然存在。

从世界法律发展的角度讲，《德国民法典》是继《法国民法典》之后的又一个民法里程碑。它既预示着近代民法向现代民法的转变，也预示着现代民法的理念已经发出了萌芽。

（二）与《法国民法典》在体系及结构上的区别

《德国民法典》是与《法国民法典》形成鲜明对比的另一部著名的民法典。它的诞生的时间距离《法国民法典》晚了近一个世纪的。它是一部在体例和编纂思想上与《法国民法典》有着截然不同风格和特点的民法典。

《德国民法典》与《法国民法典》在体系及体例结构上至少有以下重要的区别：

第一，《法国民法典》将“人法”置于“物法”之前，而《德国民法典》正相反。

将所谓“人法”置于“物法”之前，给人一种《法国民法典》注重“人文理念”的印象。但是，笔者对此看法则不以为然。笔者认为，《法国民法典》之所以采此种编纂体例，除了继承了《法学阶梯》的编法以外，可能还考虑到这样一个简单的逻辑，即：民法乃人法，没有人便没有制定民法之必要，将“人法”置于“物法”之前，恰恰反映了民法乃调整市民社会关系的基本法这个基本理念，而这个市民社会又是由权利主体之一——自然人所组成的，如没有对权利主体——自然人与法

人关系的规范为前提，其他对于所谓“物”的规定就失去了存在的基础和价值，因而，将“人法”置于“物法”之前，从自然逻辑上看也是理所应当的。而产生这个思想的社会和政治的基础，就是《法国民法典》制定时正值法国大革命刚刚发展到一个阶段，封建主义对人及人性摧残的噩梦依旧萦绕在法国立法者和人民的心头，因此，尽快以法律的形式将人的根本价值与法律地位确定下来，乃当时法国资产阶级的首要使命，因而，作为大革命的重要成果之一的《法国民法典》的首要任务之一就是从民法基本法的角度，确立“人”在法律上的地位，以实现《人权宣言》中所宣示的“人生而平等”的宪法理念在民法中的体现。而到了《德国民法典》的制定时期，德国社会已经进入了资本主义的垄断阶段，人掌握财富的多寡已经和人的社会地位、人格的内涵等因素紧密结合在一起，因此，德国的立法者既不想重复法国的编纂体例和体系，更希望通过民法典为大资产阶级的利益服务，从法律上保护现有的经济体制和财富分配的原则及现状。如果德国立法者在《法国民法典》颁布后的近100年后仍然沿用或者套用法国当年的立法理念和体系或体例，那既非争强好胜的日耳曼民族的心态，也不会使得《德国民法典》因适应社会发展的需要而成为一部具有划时代意义的伟大民法典，并且使得这部民法典成为一部能够与《法国民法典》并驾齐驱的法学杰作了。因此，笔者认为，德国与法国在制定民法典时对民法典的体系和体例所表现出来的不同点，恰恰是这两个国家在不同时代对于其自身利益的不同的要求的真实的、历史的反映。而根本不是用所谓《法国民法典》体现“人文主义”，《德国民法典》体现“物文主义”这样简单的论断就可以解释清楚的，那是对这两部伟大杰作的误解与误读。研究和评论任何一部法典的得失成败，必须用历史的眼光，将它们放置到产生那个法典的大时代背景之下去研究和评论，否则就是不全面的。

第二，《法国民法典》没有设立总则编，而《德国民法典》则开创了将总则编作为统率全法典的新的立法模式。

《法国民法典》体系又可称为罗马式，该体系最初是由《法学阶梯》创设的，分为“人法、物法、诉讼法”三编。这种三编的编纂体例基本被法国民法典所接受，《法国民法典》只是删除了其中的诉讼法内容，把物法分为财产及对所有权的各种限制和取得财产的各种方法。[注]由于采纳了此种体系，法国民法典没有总则，[注]缺少有关民事活动的一般原则的规定，而将这些一般规则和原则体现在学者的论述和学理中。瑞士、意大利等欧洲国家的民法，以及受法国法影响的一些国家的民法典中也没有总则的内容。造成这种情况的原因分析起来主要是受到罗马法特别是《法学阶梯》的深刻影响。

罗马法特别是《法学阶梯》是法国民法典重要的材料来源之一，其结构、内容、形式等多为法国民法典所仿效。产生这种情况的主要原因是与法国法制发展的历史进程密切相关的。早在远古时代，法国土地上就已经有人居住，其最早出现的居民是腓尼基人（Phoenicia），但后来他们于公元前1000年左右移民到了今天的摩纳哥和温德勒斯港。到公元前600年左右，凯尔特人（Celtes）的中欧地区操印欧语的部落进入了法国，这就是法国人的祖先，他们被罗马人称为“高卢人”（Gaulois），他们生活的地区也被罗马人称为“高卢地区”。公元前2世纪末，罗马开始入侵高卢。至公元前56年底，高卢地区为罗马的凯撒所征服，沦为罗马的行省，其政治、经济、法律开始逐步罗马化。特别是伴随着天主教会获得了法律上的特权，罗马帝国皇帝卡拉卡拉（211—217年在位）颁布敕令，承认罗马境内一切自由民都具有罗马公民的资格，罗马法律也就自然而然地在高卢地区获得适用。在从此以后的一千多年间，无论是在法兰克王国时期还是在法兰西王国时期，罗马法对法国法的影响一直很大。西罗马帝国灭亡以后，在法国南部罗马人居住区内适用的仍然是罗马法，而且当任何领域的习惯法规则缺乏时，即可援用罗马法的原则。13世纪以后，随着《国法大全》的重新发现，罗马法的影响更为扩大，罗马法成为法国南部的基本的法律渊源，适用习惯法反而成为了一种例外。[注]例如在债权债务制度上，罗马法在调整买卖、借贷、租赁等债务关系方面，

虽然其间结合了宗教的诚信原则，但是，罗马法仍然居于支配地位。由此可见，法国民法典仿效罗马法特别是《法学阶梯》的立法模式的做法，不是空穴来风，更不是随手拈来，或者显示了什么高贵、高级的特征，而是有着其深远的历史文化渊源的。

而《德国民法典》设置总则编的做法始于18世纪普通法对6世纪优士丁尼大帝所编纂的“学说汇编”所做的体系整理。《德国民法典》采纳了这一立法例，即在民法典中设置总则编作为统领全法典并且适用于民法各个部分的基本规则。民法总则的设置可以说是德国民法典的一大特色，充分体现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。注 这种立法上的特色，有着其深刻的历史根源。18世纪末的法国立法者认为，自然法在内容上是理性的，因为它只包含一些法则，要把这些法则表达出来，用《法学阶梯》的体例制定一部以清楚明确、简练严谨的方式表达出来的法典，更具普遍实用价值，而无需设置总则部分。而19世纪末的德国立法者比较重视经过许多著名罗马法学家集体编成的法学著作，特别是19世纪由于德国民法学的勃兴，德国法学家对《学说汇纂》的研究已经取得较系统的成就，如《潘德克顿法学》教科书的问世，使德国法学家对五编制的民法体系极为熟悉，从而使《德国民法典》采用《学说汇纂》体例由可能变为现实。该体系就是潘德克顿学派在注释罗马法的基础上发展起来的，主要是在对《学说汇纂》的解释的基础上所形成的。在研究中，潘德克顿派的学者将人法与物法再加以深入分析，将其分为亲属法、继承法、债法与物法，并且将这种法则的共同点归纳而统摄出总则编。注 该体系最早被胡果在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用，最后由萨维尼在其潘德克顿教材中采用。该体系把民法典分为五编：总则、物权、债权、亲属、继承。首先确定了总则，规定民法共同的制度和规则，然后区分了物权和债权，区分了财产法和身份法，把继承单列一编，从而形成了有别于法国民法典的独具特色的体系。大陆法系绝大多数国家都接受了该种立法体系，如日本、俄罗斯、葡萄牙、希腊、韩国、泰国和中国台湾地区、澳门地区等国家和地区的民法。该体系使得各项民事

法律制度中具有共性的内容得以在总则中体现，这样一方面有助于把握各种民事制度的机械结合，更能体现法典的逻辑体系。

通过上述论述，我认为，《德国民法典》的“五编”结构，与《法国民法典》的“三编”的结构，应当说是各有千秋，他们各自代表了不同时代民事立法的最高水准。但若从大陆法系对于法典的逻辑性和系统性的要求来讲，《德国民法典》体系较之《法国民法典》可能更加适应当代社会的需要。因为，《法国民法典》的体例结构如果用现在的立法典》可能更加适应当代社会的需要。因为，《法国民法典》的体例结构如果用现在的立法理念来分析，存在着明显的缺陷，例如，在“取得财产的方法”下，把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等罗列在一起，显得零乱无章、缺乏系统性，整部法典的逻辑结构被严重破坏。而《德国民法典》的五编排列是演绎式的，是由抽象的概括的原则出发，逐步走向具体。先是总则，对抽象的原则性问题予以规定，而后债、物权、亲属、继承，都是较为具体的法律关系。因此，中国制定民法时，应当学习《德国民法典》的体例设置总则部分，并充分体现其体系的严密的逻辑性。

但是，关于《德国民法典》的总则编的制定的必要性和科学性问题是引起过争议的。争议的焦点之一就是整个民法有没有“总则”，即从人法与物法两部分中能否抽象出共同的规则来。在潘德克顿学派看来，回答是肯定的。他们认为，在人法和物法两部分里，确实存在着共同的问题，从而应当有共同的规则。例如权利主体，权利客体，权利的发生、消灭与变更，权利的行使等，这些内容都属于民法总则的内容，而可不能把它们列入人法或者物法之中。因此，在人法和物法之上，设一个总则编，规定人的权利能力、法律行为等，是可能也是应该的。另外，它们还认为，如果民法只能划分为人法和物法，这两部分之间并没有共同之处，民法就成为这两部分的机械的合并，这样就没有理由把这两部分合称为一个民法了。只有有了总则，人法和物法两部分就成为了一个有机结合的整体，民法才是一个完整的整体了。因此，从逻辑上说，民法总则是应该有的。而《德国民法典》总

则编的核心内容就是法律行为，它把民法里的各种行为，如合同、遗嘱、结婚等等，统统划归于“法律行为”之中，从而使得整个民法成为一体。法律行为概念的设立应该看作是整个德国民法典的一个最动人、最令人赞叹之处。注

对民法总则持怀疑态度者则认为：“总则”真是贯穿于民法全部的规则吗？他们认为，总则中有些规定是不能适用于民法全部的。譬如，就有关主体的规定，法人只是财产法（债编和物权编）里的主体，不能成为身份法（亲属法和继承法）里的主体，因而总则编中关于法人的规定就不是全部民法的“总”的规定。有关法律行为的规定也有不少是不能适用于身份法的。因此，要想在财产法于身份法之间建立一个所谓“共同规定”（总则）根本是做不到的。

上述争论的观点若从单个理由看，确实都有一定的道理，从客观上说，任何一个所谓“总则”都不可能穷尽所有的规则，也不可能让总则中规定的所有规则同时适用于所有的法律行为，这是不言自明的。但是，无论如何，为民法设立一个总则，在当时来说，毕竟是一个伟大的尝试。设立总则编至少在两个方面有其不可否定的意义：其一，使民法中的身份法与财产法成为一个有机的整体；其二，避免了或减少了许多重复之处。例如关于权利能力和行为能力的规定，就避免了在各个法律行为中逐一规定的重复的做法。注

当然，在民法典中设立民法总则的做法，不是所有大陆法系国家都效仿的。荷兰民法典就不设民法总则，而设一编“财产法总则”。瑞士民法典也未设立总则（其《导编》的内容不属于民法总则的内容），而在第五编《债务法》中设《总则》，作为债行为的总的规则，包括债的发生、效力、消灭等规则。

可见，即使在同一法系中，各个国家的立法模式也是不尽相同的。立法者不为法国模式或德国模式所限，开辟了崭新的途径和模式，不是偶然的现象，而是与各自的国情、历史背景、法学者的思想、著作等因素密切相关的。正如法国比较法学家达维德所说的：“牵

涉到的问题，真正说起来，不单是法的结构，而更多的是总则所表现出来的系统化精神与抽象的倾向”。(注)

第三，《法国民法典》包含了很多属于商法的内容，而《德国民法典》则严格遵守民商分立原则，几乎没有涉及到商法的内容。

从立法体系和体例上说，《法国民法典》并不是严格意义上的民商分立模式。其第三部分“取得财产的各种方式”中的第八编和第八编（二）所涉及的部分内容基本上可以划归为商法的内容，其中规定了牲畜租养、房地产开发合同和公司等的一般规定。而《德国民法典》中则没有这些内容，关于公司等商事组织的规定主要还是来自于商法典和一些商事单行法。《法国民法典》之所以将一些看似属于商法调整的内容纳入到民法中的做法，也是可以理解的，因为，法国立法者认为，公司、合伙等形式也属于一般民事主体，将有关它们的一些基本规则纳入民法典中也属于民法应有之义。这也就难怪现行的《法国商法典》已将1807年颁布时的分为商事总则、海商、破产及商事法院等四卷，共计648条的，内容较为完备的法典的绝大多数条款废除或修改，目前继续有效的仅140条，其有限的条款仅涉及商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和行纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商事法庭等内容。而且这些现存条款对这些方面的规定大多很原则，有的仅有个别条款，已远不能适应实践的需要。因此，在当今法国，大量的商事立法，包括在上述这些商法典已涉及方面的立法，如票据等，以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券、商事租约、营业资产等方面的法律，均未正式编入商法典，而是采取其他的形式予以规范和公布。而现行的《德国商法典》与《法国商法典》比较起来，无论其内容还是体系都要比《法国商法典》要完整和实用得多。现行的《德国商法典》分为五编：第1编为“商人的身份”，下设商人、商业登记簿、商号、经理权和代办权、商业辅助人和商业学徒、代理商、商事居间人等七章；第2编为“公司和隐名合伙”，下设无限公司、两合公司、隐名合伙等三章；第3编为“商业账簿”，下设对所有商人的规定、对资合公司的补充规定、对

登记合作社的补充规定、对保险企业的补充规定、私人提出账目委员会及提出账目咨询委员会等五章；第4编为“商行为”，下设一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等六章；第 5编为“海商”，其具体内容另行刊载。《德国商法典》对于商事主体和商事行为尽管规定得较为全面，但仍未涉及任何票据法、破产法、保险法的内容，有限责任公司法、股份有限公司法、合作社法、有价证券法、银行和交易所法、证券保管法、保险法和反不正当竞争法等内容也未包含于商法典中，而是以单行法的形式出现的。但是，不管怎样理解，从法律体系上看，与《法国民法典》相比，《德国民法典》可能更加“民法化”，其内容和体系更加符合民法体系的结构要求，是一部名副其实的民法典。

第四，《德国民法典》更加注重法典的内在逻辑和整体的完整性，而《法国民法典》在体系上则显得松散，内容庞杂。

在法典的整体体系方面，《德国民法典》的五编制更加注重法典的内在逻辑和整体的完整性，总则作为整部法典的统率，就民法中抽象的最基本的原则予以规定，而后在后面的各编中再就债、物权等各个具体的法律关系和制度加以明确、具体的规范，在编以下分章，由章而节，也是一个由一般到个别，由抽象到具体的逻辑体系。譬如债编，先由债的普遍原则起，到各种债务关系。亲属编由亲属关系的基础——婚姻，继之以亲属和监护。[注]而《法国民法典》在体系上与《德国民法典》比起来，则显得松散，内容庞杂。譬如，《法国民法典》在第三部分“取得财产各种方式”中，把继承与赠与、契约与侵权行为、婚姻财产、公司、抵押和时效等毫不相干的内容都放在一起，而使第三部分成为一个大杂烩，也使得整部法典的体系结构显得杂乱无章，既不利于学习、掌握，也不利于顺利查找，因而，其这种编纂体系与《德国民法典》比起来，就显得不够严密和精炼。这是这两部法典比较明显的不同之处。

第五，《法国民法典》在语言体系结构上更像是一部“出色的法国文学著作”，而《德国民法典》则注重用法律用语的细密精确。

《法国民法典》的语言不仅浅显易懂、生动明朗，而且一些内容可以当作教科书来读而获得应有的知识，一直受到后人的称赞。譬如，第一部分第十编第二章第二节监护组织中的第三目（第407条至416条）亲属会议的规定中，不仅以通俗易懂的语言明确规定了亲属会议的成员组成、监护法官的职责、亲属会议的举行、表决等具体问题，而且还就法典中所涉及到的所谓“各种情形”等词语的含义给予了解释，使得读者就像在读一本通俗法律读本，无须更多的解释和讲解。与之相比，《德国民法典》在这一方面就与《法国民法典》有着截然不同的特点。《德国民法典》使用的法律专业语言较多，而且语言缺乏可读性，不仅不好理解，而且读起来生涩、乏味，非经过严格的较为长期的专业训练的法律专业人士要想读通整部的《德国民法典》几乎是不可能的。这也反映了德意志民族的性格和立法精神，这也可能为德意志民族擅于培养所谓“精英”型人才的说法找到注脚。

第六，《德国民法典》百年以来得到迅速的发展，特别是进入21世纪以来，在债法领域获得了本质上的发展与变化；与之相比，《法国民法典》则没有表现出如此巨大的嬗变。

从公布之日起至今已经走过了115年历程的《德国民法典》，其间已经经历了多次修订。自20世纪30年代以来，德国立法者通过民事特别法律多次对德国民法典进行修改，使之不断被现代化。例如，1938年的《遗嘱法》简化了立遗嘱和签订继承合同的形式；1957年的《平权法》使男女在民法领域实现了平等；1969年的《非婚生子女法》改善了非婚生子女的法律地位；1997年的《亲子关系法改革法》和《非婚生子女在继承法上的平等地位法》则使非婚生子女的法律地位实现了完全平等。还有一些民事特别法律重新规定了德国民法典的部分内容并废止了德国民法典的相应条文，例如：1894年的《分期付款法》、1919年的《地上权法》、1938年的《婚姻法》（重新规定了结

婚和离婚，现已废止）、1939年的《失踪法》、1951年的《住宅区分所有权法》、1952年的《道路交通法》、1976年的《收养法》、1979年的《照顾权法》（规定了“父母照顾”，并废除“亲权”概念）、1989年的《产品责任法》、1990年的《照管法》（使得禁治产制度以及关于成年人的监护和残疾人保佐制度自1992年1月1日起被废止，代之以“法律上的照管”）以及1997年的《保佐法》[注]，等等。但是，对《德国民法典》的发展影响最大的变革莫过于自20世纪70年代以来一直酝酿着的，并于2002年终成正果的《德国债法现代化法》的出台。

促使德国加快开展这场债法改革运动的推动力，主要是来自欧盟要求作为欧盟各成员国的德国在2002年以前完成其国内立法向《欧盟消费品买卖指令》、《欧盟支付迟延指令》和《欧盟电子商务指令》三个法律文件的转化。于是，2000年8月德国司法部提出了债法改革讨论草案。在经过1年的讨论与争论后，德国联邦政府于2001年5月提出了政府草案——《债法现代化法律草案》。该草案经联邦参议院讨论，联邦议院法律委员会于2001年9月25日提出了建议草案，于2001年11月9日在德国联邦参议院获得通过，2002年1月1日生效。

这次的债法改革运动使德国债法实现了广泛的现代化。这主要涉及到消灭时效、给付障碍法、买卖法、承揽合同法四大法律领域，并且将保护消费者的一系列关系法规、特别是其中的《德国一般交易条款规制法》、《德国房门口交易撤回法》、《德国远程销售法》、《德国销售者信贷法》和《德国部分时间居住权法》，以及积极侵害债权、缔约过失和交易基础丧失等法律制度，都被整合到德国民法典之中，而被法典化了。而且，改革后的德国民法典中的各个条款都有了标题。据不完全统计，这次债法改革法案对于原民法典中的430余个条文予以了修正。主要涉及到总则第194条至第225条，债法总则第241条至432条，债法分则第433条至651条等内容。同时，对《民法典施行法》中的9条予以了修正。

总之，这次德国债法现代化改革极大地推动了德国民法体系的进一步完善，使得德国民法更加法典化、规范化、体系化。这次德国债法现代化改革也给了我们一个启示，那就是：构建一个完善的、科学的、体现当代民法理念与技术的民法体系，仍然是一个国家的立法机构和学界的重要任务，法律法典化并未过时，只要所出台法律（法典）能够为当今社会服务，符合社会的需要，并反映立法的最新技术和研究成果，就不存在过时的问题。

（三）为权利而斗争

从世界民法构成格局来讲，《德国民法典》标志着一种全新风格的民法流派的形成。它以严谨、抽象、逻辑性而著称，并且影响了一批国家民法的发展，为法律世界增添了一道亮色。大陆法系从此法、德并立，各有所长。

应当说，从19世纪开始的民法典运动，无一不是基于当时各国特定的历史社会条件而制定的。如《法国民法典》是为了巩固法国资产阶级大革命的成果和基础，应当时法国的政治、社会生活的需要而制定出来的，所以，其所体现出来的格外重视人的地位，而把维护人的尊严，反对封建等级，强调人生而平等，放在重要位置；而到了《德国民法典》制定之时，德国已经完成了国家的政治统一，而且从世界范围看，资本主义的发展已经经历了百年的发展历程，特别是经过第一和第二次工业革命的洗礼，资本主义已经在逐步走出原始积累阶段，一些资本家已经积累了相当规模的财富，因而保护他们的私有财产和既得利益，便成为了他们的立法者和学者的首要任务，因此，《德国民法典》便自然而然地体现出来了以物质利益保护为其突出的特点，当然，其也没有放弃对于人的权利的保护。其实，对于私有财产的保护，也就是对于人的基本权利的保护，因为，在现代社会，人的财产的多寡实际上决定了他的社会地位和所享有的权利的多寡。比

如，对公司所持有的股份所占的比例的高低，直接决定了每个人在公司的地位和对公司事务决策权的行使，以及收入的多寡。

从世界范围看，到19世纪末20世纪初，随着法、德等国民法典的相继出台，作为国家法律制度中不可或缺的民法制度已经发展到了一个非常成熟的时期。这时，有关民法的一些基本理论问题也基本上被确认或明确下来。

在《德国民法典》制定的过程中，德意志伟大的民法学家耶林在距今143年前，也就是德国统一后不久的1872年，在维也纳法律协会的演讲，在德国乃至世界民法史上写下了光辉的一页。他这次演讲的内容，在进行了补充加工后，以《为权利而斗争》为题予以了公开发表。该书到1921年，在德国被重印达20版，在17个国家被翻译出版，至今被公认为经典法律名著。这是一篇法理精深，逻辑严密，发人深思的战斗檄文。

文章共分为六个部分：法的起源、斗争是法的生命、为权利而斗争是对自己的义务、主张权利是对社会的义务、为国民生活权利而斗争的重要性、现代罗马法与为权利而斗争。它在开头就明确指出，法的目标是和平，而实现和平的手段是斗争。他认为，法的生命是斗争，即国民的、国家权力的、阶级的、个人的斗争。因为，无论个人的权利，还是民族的权利，大凡一切权利都面临着被侵害、被抑制的危险——因为权利人主张的利益往往与否定其利益主张的利益相对抗，因而，这一斗争在法的全部领域周而复始，永不停息。因此，他进一步指出，为权利而斗争是权利人对其自身的义务；同时，主张权利又是对社会的义务。在社会利益之上，每个人都是为权利而斗争的天生的斗士。他最后总结性地说：斗争是法永远的天职。他高声疾呼：必须用你的汗水来换取你的面包，你必须到斗争中去得到你的权利！

这篇文章喊出了权利与法的内在关系。也说明了一个真理：人只有不停地开拓自己生活与自由的空间，才配有生活与自由的享受！

时间已经过去了一百多年，但是，耶林在这部著作中所阐述的有关法与斗争的关系，仍是我们当今在立法和法的实践过程中应该认真思考的问题。

切不可以纸上的法律的完善作为追求的目标！

这也是20世纪以来各法治国家所追求的目标。

三、独特的商法体系

（一）德国商法的核心

1871年德意志帝国统一后，便着手统一法制的建设工作。德国先后制定了多部商事单行法和两部商法典。在德国的商法体系中，《德国商法典》居于核心地位，其他单行法是《德国商法典》的下位法和实施法。

旧商法典颁布于1861年，全称为《普通德意志商法典》，后来被废止。颁布于1897年，1900年正式生效的《德意志帝国商法典》，称新商法。新商法共4编31章905条。第一编总则，共八章，包括商人、商事登记、商号、商业账簿、经理权及代理权、商业辅助人、代理商、商业居间人。第二编商事公司及隐名合伙，共五章，包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙。第三编商事行为，共七章，包括总则、商业买卖、行纪业、承揽运输业、仓库业、货物运送、铁路运送。第四编海商，共十一章，包括总则、船舶所有人及船舶共有人、船长、货物运送、旅客运送、风险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险、时效。德国新商法的立法体例为许多国家所效仿，如，奥地利、瑞典、丹麦、挪威、瑞士等，这些国家的商法立法模式形成了具有独特风格的、著名的德国商法法系。该体系的共同特点是：商法典在国家整个商法体系中居于核心地

位，其所规定的基本原则、规则、制度，不仅是从事商事行为应当遵循的基本法则，而且，也是其他商事单行法立法和适用的基础和基本准则。

这部商法典是德国商法的基本法。狭义上的德国商法就是指这部商法典。而在现实中，构成德国商法体系的，除了《德国商法典》外，还包括其他若干行政法规以及《海商法》、《内水航运法》、《公司法》、《工商权利保护法》、《有价证券法》、《银行法》、《交易所法》等。

《德国商法典》自颁布以来，几经变易，至今已被频繁修改并分立出多个单行法规。迄今，《德国商法典》已被修改42次，涉及的条款有几百处，其中比较大的修改有6次：

第一次，1937年，把股份公司和股份两合公司法从商法典中分离出来并另行单独立法。

第二次，1953年，对代理法条款进行修改，一是把代理人与商事辅助人以及其他商事雇用人加以明确区分，二是把“商事代理人”概念改为“代理商”概念，三是对代理商的权利义务重新作出规定。

第三次，1970年，确立了农业和林业经营者的商人地位。

第四次，1986年，根据欧共体的有关政策规定，把原来《德国商法典》中关于商事簿记的规定从第一编中删去，与关于资产负债表的规定一起，组成新的第三编，内容由原来的10条扩充为102条。

第五次，1989年，把《德国商法典》的篇章结构划定为商事总则、公司和隐名合伙、商事账簿、商行为和海商，共五编。

第六次，1998年，颁布了《商法改革法》，对原有的《德国商法典》进行修改，其内容包括：

（1）简化了商人分类，把法定商人和登记商人合二为一，并改称为企业主概念。并把小商人并入任意商人之列。

（2）改革商号制度：其一，废除法律对于商号的限制，把原先人合公司只能用人名商号（其合伙人的姓名），资合公司只能用物名商号（经营标的物）的规定予以废除，允许所有商人都可以任意选择人名、物名甚至虚构名称作为商号。其二，所有商事公司都必须在商号中表明其公司的法律形式。其三，所有商人都必须在商业信函上注明商号。

（3）增强了人合商业公司的生命力。规定人合商事公司在其无限责任人退伙时，原则上可继续存在，从而使得人合公司和资合公司之间的差异和区别逐渐模糊，使得二者更为接近，增强了人合商业公司的生命力。

百年来，伴随着《德国商法典》的不断修订，德国还制定了大量的其他商事法规，但是，这些法规大多都脱胎于《德国商法典》，如1890年《有限责任公司法》、1901年《保险法》、1908年《保险契约法》、1933年《票据法和支票法》、1965年《德国股份公司法》、1976年《德国参与决定股份法》、1994年《德国公司改革法》。这些法律都是由《德国商法典》中原有的内容延伸、发展而来的，如1965年《德国股份公司法》就是由原《德国商法典》中的第二编商事公司及隐名合伙脱胎而来的。

当然，在《德国商法典》颁布后的100年间，为了适应社会经济的发展，德国商法也发生了不小的变革。这种变革主要体现在二次大战之后的60年间。这些变革包括：

（1）商主体新理念的确立

第二次世界大战之后，随着商业的飞速发展，商业组织也越来越复杂化和多元化。《德国商法典》中原有的诸如无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙等商业组织形式，已经不适应社会经济发展的需要，于是，立法者便把商法典中有关商业组织的规定逐渐分离出来，商业组织的主要形式由公司向企业过渡，并且逐渐地用企业法的概念取代公司法的概念。其中核心的变革是：将传统

的商法中把商业组织的活动纯粹当作私人之间的经济活动，而不承认企业作为一种社会制度和经济力量具有组织上的独立性与自主性，更不去考虑企业职工在参与企业管理中的权利和义务的立法指导思想，变革为把企业看作社会组织中的一个重要组成部分，它不仅具有独立性与自主性，而且对社会还有着其不可推卸的义务和责任。因而，在立法上逐步确立其企业的法律地位，逐步形成了颇具特色的企业法理论体系。20世纪50年代以后，德国政府对商法典作了许多修改，并公布了一些重要的立法，如1951年的《钢铁工业共同决策法》、1965年的《公司法》、1976年的《共同决策法》等，就是这一新理念的产物。1951年成立的企业法改革委员会指出，用公司法处理企业问题不能充分反映企业的实际情况，企业法是比公司法内容更加广泛的概念，企业法应该包括公司法。1965年的《公司法》有关联合公司的一章，就不用“公司”的概念，而改用“企业”一词。可见，德国商法已经不再把企业活动视作纯粹的私人的事情，一切企业无论其性质与规模如何，均应受法律的管制，而企业法则是规范企业活动的基本准则。该企业法理论体现了德国商事立法愈来愈趋向于社会性和全民性，反映了德国社会的变化及其发展趋势。

（2）企业集团制度的确立

德国1965年的《股份公司法》首次出现了企业集团（康采恩）的概念。康采恩即指联合企业，其具体可分为事实康采恩、契约康采恩和联合企业三类。这三类企业共同构成了德国重要的商主体形式，也为德国经济的发展注入了新的经济体制。

（3）职工参与决策制度的确立

德国的有关职工参与决策制度，最早出现在煤炭和钢铁业中。但是真正从法律上予以确认，是1951年颁布的《矿冶业参决法》。该法规定：拥有1000名以上职工的公司，监事会由5名资方代表、5名劳方代表以及另外11名中立的成员组成；公司董事会中须有1名劳方董事，且上述劳方代表与资方代表在公司监事会上处于同等地位、享有同等

的权利、承担同等的义务。1956年的《矿冶业参决法修正案》将职工参与决策制度扩大适用于含有煤炭公司或钢铁公司的康采恩。1976年的《参与决定法》又规定，拥有2000名以上职工的公司，监事会由人数对等的股东代表和职工代表组成，根据公司规模的大小，每方代表为6人、8人或10人，且公司董事会中必须要有1名劳方代表。德国确立职工参与决策制度的目的主要在于：控制企业权力的膨胀，实现企业民主管理，缓和劳资矛盾。该制度与上述的企业集团制度是德国企业法以及商法中的独有的制度。反映了德国立法者与时俱进的精神理念。

（二）独有的特色

纵观德国商事立法，其具有如下两个显著的特征：

1.采取主观主义的立法体例

《德国商法典》采用主观的商人主义立法例，即对“自然人”、“法人”与“商人”作出界定和区别，以体现对商人的特殊关注。按此原则，商人是商法的中心，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。《德国商法典》的商人主义既区别于中世纪的商人法，又有别于《法国商法典》的“商行为主义”。中世纪商人法是一种商人自治和商事习惯法，商人与其他非商人具有等级身份上的严格区分。而《德国商法典》是以其同时生效的《德国民法典》为基础，民法中关于民事权利能力、平等原则的规定，对商人同样适用。而且，随着商人在法律上受到广泛关注，对其的规则、规范最终上升为国家法律。这种商人身份的“国家性”，与中世纪商人以职业为本质特征并被广泛地适用于不同地域的商人有着十分明显的区别。再者，《德国商法典》采取主观主义原则，以“商人”来解释“商”，而不是以“商行为”来解释“商”，体现了《德国商法典》不采民法典以“法律行为”为中心的特点，而是以效率、简捷为目标，即以形式上的、定型化的“商人”概念来追求商法的目标价值。这种明显地界定民法典与商法

典的区别的立法例，乃德国商法体系的最主要的特色。该立法例为奥地利、瑞典、土耳其、日本等国所接受，从而形成了所谓德国商法体系。

2.采取商法典附加独立的单行法的发展模式

《德国商法典》及其商事立法，采取商法典加独立单行法的商法分立的模式，即在《德国商法典》颁布以后，国家以独立的单行法的形式，在商法典之外不断第颁布其他单行法规，以弥补商法典的不足。例如，《德国商法典》中原本就没有诸如《票据法》、《支票法》、《保险法》、《保险契约法》、《破产法》等内容，而《海商法》也只是部分列入其中，这些法律都是以单行法的形式独立地存在于商法典之外的，这就形成了一种商法典加独立的单行法的发展模式。而在此模式下，商法典本身的基本架构并未得到根本性的改变，其修订的主要方式是另立新法，而非如《法国商法典》那样以删除法典的内容为其主要的修订方式。

事实上，到法国于2000 年9 月18 日颁布关于修正商法典的法令时止，1807 年制定的《法国商法典》最初的648 个条文仅剩下不到150个条文，其中只有约30个条款依然保留了1807年的文本条款。这140多条的内容概括起来主要包括：商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和经纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商业家庭。显然，这些条款已经远不能适应现实的需要，因此，对这部商法典的主要调整形式是以单行法的方式对法典的条款进行修改、补充或删除。在当今法国，大量的商事立法，包括上述商法典中涉及的立法以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券及其交易、商业租约、营业资产等方面的法律，也均未编入商法典。因而，1807年的《法国商法典》在现代法国商法体系中只起着框架的作用。出现这种情况的主要原因是：自 19 世纪末以来，法国学者曾力图对商法典加以全面修订，但迄今只完成了部分修订工作。要将所有的新的法规全部纳入单独一部法典，有许多实际困难。主要困难是：由于当

今社会商业经济的飞速发展，使得商法所涉及的内容日益复杂，这些日益复杂的内容，已经无法在一部法典中完全地体现出来，所以，法国学者们建议将商法典分编成几部法典，以适应社会发展的需要。因此，当代的法国商法已经朝着单行法方向发展。现在的《法国商法典》已经成为整个商事法体系中一个通则部分的内容，现代的法国商事法律制度是以《法国商法典》为基础，各单行法为主体的法律体系。[注]

所以，有人将《法国商法典》的发展模式描述为补充式的模式，而将《德国商法典》的发展模式描述为附加式的模式。而德国商法的这种发展模式，体现了德国商法的整体性的效果与功能，值得我们在构建中国商法体系时认真地学习与借鉴。

（三）《德国商法典》与《德国民法典》的关系

《德国商法典》与《德国民法典》的关系非常密切。[注]

1.《德国商法典》中的许多规范，是以《德国民法典》的一般性原则为基础而制定的。例如，《德国商法典》第373条—第382条对商事买卖作了基本规定：买卖双方当事人之间的权利义务，原则上由《德国民法典》调整，即，商法典中有关商事买卖的规定在适用时必须与《德国民法典》第433条关于买卖合同的合同类型上的义务（关于一般买卖的规定）联系起来适用。

2.《德国商法典》中的许多规范，是《德国民法典》的补充规范。例如，《德国商法典》第48条关于代理权的规定，是《德国民法典》第164条关于代理人的意思表示的效力（代理权）规定的形式；《德国商法典》中关于代理业务和运输业务的规定是《德国民法典》第675条有偿的事务处理规定的特殊形式。

3.《德国商法典》中的某些规范代替了《德国民法典》中的规则。例如，《德国商法典》第350条规定了商事担保的形式自由原则，

这一原则仅适用于商人及其行为，而非商人及非商行为的担保形式，则适用《德国民法典》第765条—第778条关于保证的规定。

总之，在《德国商法典》与《德国民法典》的关系方面，二者之间表现出一种相辅相成、互相适用的特征。这也给予了我们一个启示——不同的法律部门之间的立法，不可能是完全割离和毫不相干的，它们之间应当是一种相互补充、相互对应、相互适用的关系。这就要求立法者具备统观全局、通晓各部门法内部规范以及相关部门法规范之间相互联系的能力和耐心，避免出现部门法内部和部门法之间的相互矛盾、相互冲突、无法相互适用的情况，更不得以工作部门、学科、领地、领域之间的划分作为无能的借口。这是对立法者的最基本的要求。

此外，《德国民法典》与《德国商法典》二者之间的这种关系也对民事法和商事法各自在国家法律体系中的地位及其相互之间的关系和民商事立法体系的构建提供了一些借鉴和启发——

1.商法完全独立于其他各部门法，而相对地独立于民法；

2.民法中的一些与商事相关的基本原则和具体规则适用于商法；

3.商法中的一些具体规范可以作为民法相关规范的补充，并且相互参照、适用；

4.民法中有关商事内容的规范，仅仅是原则性和概括性的，而商法则是对于商行为的具体、详细的规范；

5.民法和商法同时构架起一个完整的私法体系。

四、经济法母国

（一）出世与界定

“经济法”一词最早出现于1906年德国创刊的《世界经济年鉴》。第一次世界大战之后，德国法学界开展对经济法的广泛讨论，形成了诸多经济法学说。各学说虽然莫衷一是，但是，它们之间并非是完全孤立的，综合它们的主要论点，德国的经济法总的来说，是为了适应社会经济发展和调节要求的法律，它们包括了生产、贸易、金融、社会保障等几乎所有经济和社会领域，是国家从宏观角度调节社会经济的依据，是立足于市民社会，弥补自由市场经济和传统民法与商法对于经济社会调整不足的相对独立的部门法。它的出现与发展是19世纪下半叶以来德国社会经济变革与发展的结果。

（二）动因及沿革

1.德国工业革命后工业高度集中是德国经济法产生的根本内因

德国是西方国家中工业革命起步较晚的国家，直至19世纪初，德国依然是个标准的农业国。在1800年前后，在神圣罗马帝国境内有2，000万居民，其中有1700万生活在农村，隶属于贵族地主和教会地主。大约有4，000个城镇，除了柏林（172，000人）、汉堡（130，000人）、法兰克福（48，000人）等少数几个市镇外，一般市镇的人口不超过1，500人。[注]造成这种情况的主要原因就是直至19世纪中叶德国依然处于四分五裂、邦国林立的状态。但是，自19世纪四五十年代起，德国的工业革命已经全面展开，并开始了迅猛发展的势头。其最显著的标志就是在科学技术方面取得了巨大的进步。从1851到1900年的50年间，德国在重大科技革新和发明制造方面已经超过了工业革命发起最早的英国和法国，仅次于美国，居世界第二位。这些科技革新和发明制造涉及机器制造、光学、电气等各个工业部门。但是，在德国工业发展的过程中，与其他国家不同的是，从19世纪60年代开始，在德国出现了建立大企业的趋势，各种类型的企业联合体大量涌现。这种联合体就是卡特尔，它们在法律上各自独立，其联合的目的在于

在市场上发挥独占的地位和影响。其类型有调节销售环节的卡特尔、调节价格的卡特尔、限制生产或供应的卡特尔、调节贸易活动的卡特尔、调节国际合作的卡特尔，等等。到1905年，德国已有366个卡特尔，强大的煤、铁、钢、化学、书商卡特尔，遍及德国各地。例如，莱茵——威斯特法利亚煤炭辛迪加，在1913年就包含了87个大的采煤企业，控制着德国煤炭总量的50%和鲁尔煤炭产量的95%。钢铁卡特尔包含了31家大公司。卡特尔的中央机构有权对于所有成员公司的生产、销售、财物、设备更新等核心事务进行直接干涉、命令和检查。整个德国被称为卡特尔组织的国家。卡特尔的出现和迅猛发展是德意志民族所固有的合作精神与大普鲁士主义的倾向相互结合的产物。也是这个民族在历经了太长时期的分裂局面之后，对于国家统一和渴望实现民族的早日振兴，能够与英、法诸国并立于世的宏大愿望的直接反映。

但是，德国政府不仅不反对卡特尔，甚至鼓励、强迫组织卡特尔，而正是在卡特尔那无比强势的挤压和控制之下，个人的经济活动的空间变得极为狭小，且日渐式微。这就造成了经济集权与个体经济间的冲突和抗争。德国国会充当起了调节二者矛盾的角色，它开始从经济共同利益的角度规制社会经济关系，而要调整这种经济社会关系，如果仅仅运用纯粹的私法，则显得无力而虚弱，如果仅仅运用公法，会造成与政府关系的紧张甚至直接冲突，于是，他们寻找到了一个全新的既非私法亦非公法的第三类法律——经济法、劳动法等，希望借此能够有效地控制自由竞争，实现国家社会经济和谐发展的目标。正是在这个背景之下，1896年5月27日，德国诞生了第一部反不正当竞争法——《向不正当竞争行为斗争法》，但是，该法并未制定出一项原则性的一般条款，对于当时的不正当竞争行为又无法之一列举，因此，真正的现实意义不大。但不管如何，这是德国的第一部带有从宏观角度调节社会经济性质的法律，它的性质既非传统的私法或者公法，而是一种新的法律部门，所以还是值得书上一笔的。在它的基础之上，1909年7月10日，德国诞生了针对卡特尔的《反对不正当竞

争法》，但是，它仅仅要求只要卡特尔不滥用其地位，就可以不受法律的约束而得以发展。也就是说，只要是不对同业者和非同业者施加不正当的压力、不违反善良风俗、不侵害营业的自由，就是有效的卡特尔协议。这显然还是在为卡特尔的发展寻找理由。但是，它的诞生标志着德国政府已经认识到国家干预市场经济的意义。

与此同时，为了应对德国当时由于大工业的飞速发展已经出现的劳资矛盾，德国继承了其通过立法对贫民进行救济的历史传统，从19世纪50年代开始，颁布了一系列有关社会保障的立法，例如，于1854年10月制定的《矿山、冶炼及盐场工人互助联合法》，1883年6月颁布的世界第一部《工人疾病保险规定的准则》，1884年7月颁布的《事故保险法》，1889年9月颁布的《伤残及养老保险法》。这些法律均属于经济法的范畴，为20世纪德国社会保障法律制度的形成奠定了基础。

上述的自19世纪末至20世纪初（一战之前）的德国经济法产生的情形，可以看作是德国经济法的起步阶段。

2.两次世界大战是德国经济法发展的外因

在1914年至1918年的第一次世界大战期间，为了进行战争，德国通过运用国家权力管理经济，对主要物资及其价格实行国家统制，在战争开始后不久的1914年8月，德国议会通过《授权法》，授权参议院在战争期间可以发布对于防止经济损害所必须的措施，随后，1915年颁布了《关于限制契约最高价格的通知》，1916年颁布了《确保战争时国民粮食措施令》等经济法令。还颁布了国民服役法令，用以调节国内劳动力的供应，以确保德国战争机器的正常运转。同时，颁布了强制卡特尔法令，扼杀中小企业，希冀通过国家对经济的垄断而取得战争所需要的物质支持。

一战结束后，根据《魏玛宪法》，德国国家计划实行产业的社会化和公有化。魏玛政府先后颁布了《卡特尔规章法》、《煤炭经济法》、《钾盐经济法》等经济统制法，对大企业的经济活动和主要物质的供应进行直接地干预和限制，自此“经济法”一词出现在了立法之

中。特别是1923年11月颁布的《防止滥用经济权力法令》是一部名符其实的经济统制法。其目的是为了防止卡特尔对参加卡特尔者和未参加卡特尔者行使强制力，以滥用其经济权力，从而企图削弱卡特尔对市场的支配力。后来，为了应对1929年发生的那场影响世界的经济危机，德国先后又三次修订了该法，其目的发生了根本的变化，即从削弱卡特尔对于市场支配力转变为试图加强卡特尔的力量，规制卡特尔的权力也从卡特尔法院转移至经济部长，显然加强了行政权力对于经济的控制力。同时，对于《反对不正当竞争法》也进行了一些补充与修改，颁布了两个附加条例。1932年和1933年又颁布了两部旨在消除商人在提供有偿商品或服务时，附加提供某种无偿的商品或服务的弊端，以及限制现金支付和批量购买提供回扣的做法的《关于有奖销售的法令》和《回扣法》。

1933年和1934年，魏玛政府和纳粹政府先后颁布了《卡特尔法》和《卡特尔变更法》、《强制卡特尔法》，更加增强了政府对于卡特尔的控制和管制。

此外，为了应对经济危机对于失业的严重影响，1933年至1935年间，德国相继颁布了《失业缓和法》、《动力工业法》、《小商人保护法》等，以法律的形式确定国家对某些经济部门和行业的强烈干预，鼓励资本家和容克地主扩大生产规模，严格限制竞争，限制和打压小商人的发展。

在社会保障法方面，自1911年至1927年间，先后颁布了具有德国社会保障制度基本法性质的《帝国保险条例》以及《雇员保险法》、《矿工保险法》和《职业介绍和失业保险法》。

这一阶段可以看作是德国经济法的发展阶段。

3.德国二战后所施行的社会市场经济体制是德国经济法制新发展和完善的基础和根本动因

二战结束后，德国处于发展的十字路口，德国向何处去？成为了德国人集中讨论的话题。如何构建新的经济秩序，选择一条什么样的经济发展的道路？则又是一个极其热烈的讨论话题。人们讨论的结果是，德国既不去走英美国家的自由市场经济的道路，也不能走苏联式的集权计划经济的道路，而是创设了属于德国自己的社会市场经济体制。所谓社会市场经济是按照市场经济的规律行事，但辅之以社会保障的经济制度。它不是自由放任式的市场经济，而是有意识地从社会政策角度加以控制的市场经济。[注]其本质仍然是市场经济，只是在自由（纯粹）市场经济之上又附加上了企业的社会责任、政府适当干预和社会保障的机制及内容。

在战后的几十年的时间里，德国先后颁布了大量的经济法律和法规，形成了独具特色的德国经济法体系。在这一体系里，包含了规范社会市场经济宏观调控的法律、规范社会市场经济主体的法律、规范社会市场经济秩序的法律以及规范社会市场经济社会保障的法律等。主要包括：经济稳定与增长促进法、德意志联邦银行法、证券交易法、价格法、交通法、邮政法、能源经济法、农业法、税收法、关税法、对外贸易法、私人有限公司法、有限责任公司法、标准合同条件法、股份法、企业责任法、企业章程法、营业场所租赁法、反对限制竞争法、损害赔偿责任法、有缺陷产品责任法、解雇保护法、就业促进法、严重伤残法、农民养老救济法、全体雇员的保险义务、社会法典、工会法、企业委员会法、促进雇佣法、参与决定法、联邦假期法、集体协议法等等。

这一阶段是德国经济法发展、完善的阶段。

（三）对外之影响

德国经济法自形成以后，被各国所重视和效法。中国自20世纪80年代初改革开放以来，颁布了大量的以“经济法”冠名的涉及经济方面的法律、法规。以至于在20世纪80年代曾出现了要以经济法代替民法

的呼声。当时有一批学者呼吁，中国不需要构建民法体系，仅有经济法体系就完全可以构建起具有中国自己特色的法律大厦。虽然随着1985年《民法通则》的颁布结束了这场争论，但是，至今为止，经济法仍然是中国法律体系中重要的组成部分。中国经济法是指国家从整体经济发展的角度，对具有社会公共性的经济活动进行干预、管理和调控的法律规范的总称。它主要包括宏观调控法和市场规制法两大部分，着重解决宏观调控和市场监管领域的问题，在完善市场管理、促进经济发展方面发挥着主要的作用。注其涵盖了反垄断法、反不正当竞争法、税法、自然资源法、环境保护法、价格法、产品质量法、预算法等多个法律和领域，经济法体系在中国法律体系中占据着重要的地位。中国也想在从现在起算的半个世纪之内，复制德国振兴的过程。但是，欲实现这个愿望的前提是，政体和法治体系一定要适合当代世界发展之潮流和趋势，不能逆势而上。因为，德国毕竟是西方社会的一员，它的政治、法治、经济、文化体制与中国大相径庭。再说，当年德国振兴的过程，是在战后的废墟之上恢复、发展起来的过程，当时他们所处的历史条件和环境，与现在也是大相径庭。如果没有当时欧美这些国家为了达到能够与苏联对抗的目的，而大力扶持、帮助德国的复兴，再加之德国民族所特有的那种刚毅、顽强的性格，德国是走不到今天的。所以，复制一个国家的发展或者振兴历程，是十分困难和几乎不可能的。因为，二者所处的时代和地域、民族的特性，也是存在着巨大的差异和不可复制的。

---

1. 关于德国民法典体系之内容参见：陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年版。

2. 参见陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年版，第2页和第3页。

3. 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第13页。

4. 《法国民法典》前面有一个部分，标题为《前编 .法律的公布、生效以及一般适用》，有6条规定。这6条规定笔者认为不属于民法总则的范畴，因为这6条规定不只是民法的问题，而是一切“法律”的几个基本原则。而且这个《前编》没有与以下各编统一编号。据说，这6条当时制定时不只是作为民法的前6条，而是作为当时计划中的不可几

个法典（民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典）的一个总法典的《前编》的。（参见【日】谷口和平（译注）：《现代外国法典丛书（14）·佛兰西民法（1）人事法》，有斐阁昭和三十一年版，第27页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第5—6页。）由于它只列于民法典之首，所以使人误以为这只是民法典的前编了。

5. 参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年版，第16—17页。

6. 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第24—25页。

7. 蓝瀛芳：“民法各种之债的特征及其探讨”，载《辅仁法学》第9期。

8. 参见自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第26—27页。

9. 参见上书，第27—28页。

10. 【法】勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第84页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第28页。

11. 参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第36页。

12. Vgl. Hans Brox /Wolf-Dietrich Walker，Allgemeiner Teil des BGB，37. Auflage，München: Verlag Franz Valen，2013，Rn. 19-20.

13. 参见苗延波：“世界各国商事立法概况及其对我们的启示”，载《苗延波法学文集》，知识产权出版社2012年版。

14. 关于《德国民法典》与《德国商法典》之间的关系，参见何勤华主编：《德国法律发达史》，法律出版社2000年版，第266—267页。

15. 【德】迪特尔·拉夫：《德意志史》，波恩Inter Nationes 1987年出版，第101页。

16. 参见张精华：《德国市场经济体制》，兰州大学出版社1994年版，第44页。

17. 赵志云主编：《中国特色社会主义法律体系读本》，国家行政学院出版社2011年版，第207页。

本章结论

自13世纪《英国大宪章》颁布以来，世界法治的发展历程就进入了一个新的阶段。这个阶段的最大的特点，就是代表社会发展新的发展潮流和方向的新兴资产阶级逐步登上了历史舞台。他们所追求和渴望得到的不仅仅是封建时代贵族们所追求的名誉和地位，追逐金钱和财富才是他们最热衷的事务。特别是随着东西方航路的开通，西方的那些雄心勃勃的人们就开始走上了一条追逐财富的道路。在这条道路上，无数的人为此断送了宝贵的生命，但也有一部分幸运者成功了，他们得到了渴望已久的财富和荣誉。于是，如何才能够保住自己已经得到的一切，就成为他们为之奋斗的下一个目标。实际上，英国革命、北美的独立战争、法国大革命、德国的铁血统一，无一不是在人类的这个新的目标的指引和诱导下发生的。在这个惊心动魄的过程中，人们发现了一个能够确保自己的既得利益不被他人随意剥夺的最有效且带有文明进步特征的方法和工具，那就是法治。他们发现，只要高高举起法治——这个人类早已发明的、象征着人类高度文明的利器，自己的目的就可以达到，而且还是堂而皇之地、令人赞羡地达到。于是，法治，这个古老的神器，在其神威被淹没了近千年之后，再次在这个星球上展现出了她那耀眼、光鲜的、靓丽的面孔。人类的法治历程也自此开启了她的一个崭新的旅程。《独立宣言》、《人权宣言》、《美国宪法》、《法国宪法》、《拿破仑法典》、《德国民法典》、平等、自由、民主、正义、公正、人权、权利、义务、法治等等一串串夺人二目的闪亮的名字和崭新的字眼开始照耀着人类前进的道路。从此，人类便把追求和实现这些理想、理念和价值观，当作了自己应尽的职责和毕生的事业。人类社会从此也进入了一个更加色彩缤纷的世界。

在这个过程中，自然也出现了无数的为当世和后世人们所久久传颂的英名——华盛顿、杰斐逊、麦迪逊、汉密尔顿、罗伯斯庇尔、拿破仑、俾斯麦等等。应当说，他们在人类法治发达史上是留下了英名的。也正是他们的努力和成就，才使得我们能够看到今天这样的世界。

但是，法治的发展是永远要和经济社会发展的步伐相协调和一致的。在进入了20世纪，特别是到了20 世纪下半叶，随着世界科学技术的飞速发展，尤其是电子工业、原子应用技术、计算机技术、生物技术、太空技术等领域的飞速发展，人们发现原有的诸如契约自由、私权至上、过错原则等法治原则，已经不能适应社会发展的需要，社会责任、无过错原则、人权观念等便在法律中凸显出来，很多国家在制定新的法律以及在对老的法律进行修改的过程中，也及时地调整了立法原则和手段，使这些法律尽可能地反映当代社会经济发展的需要。甚至有的国家，在立法过程中还特别注重对他国的立法、司法实践，民间习惯，过去立法经验、历史文化传统的调查、研究和吸收。因此，法的渊源，包括法治的渊源，不仅包括本国或者本民族的习惯，更应当包括其他国家的特定的历史文化渊源和当代市民社会生活的现状，以及外国相类似国家的法律文化，等。人类所创造出来的所有的文明成果应当是法治发育、成熟和发展的丰富的营养素。因为，人类法治的发展历程，本身就是人类文明发展历程中的一部分；人类的法治文明当然也是人类所创造的所有文明中的不可分割的一部分。

同时，自20世纪下半叶以来，“超国家法”逐渐开始挤占各民族国家传统法律的适用范围。国际条约，特别是多边的统一实体私法公约越来越多地涉足各国法律的核心领域。例如，欧盟的“规则”和“指令”，越来越多地涉足各欧盟国家法律的核心领域。[注]例如，1980年4月11日订于维也纳、1988年1月1日对德国生效的《联合国国际货物买卖合同公约》已成为德国民法的一部分，且在国际性动产买卖领域优先于《德国民法典》第433条及以下关于买卖合同的规定。此外，欧盟法，特别是欧盟的“规则”、欧盟的“指令”，也越来越成为德国民法的

重要法源。《德国民法典》自2014年6月13日起施行的新文本中的第312条及以下关于消费者与经营者之间的消费合同和特殊交易形态的各项原则的规定，都属于因欧盟的“消费者权利指令”而被德国立法者重新制定的债法条文。它规定，经营者在同消费者合同订立时、订立前和订立后均对消费者负有内容广泛的告知义务，同时，赋予消费者享有撤回权。现在，欧盟委员会建议先制定可供双方当事人选择的共同的欧盟买卖法，以取代各成员国的买卖法，但最终的目标是制定统一的欧盟合同法。[注]

世界已经步入了一个“大趋同”的时代，各民族、各地区、各国家之间的相互了解、沟通，乃至学习、借鉴，甚至融通、共生，才是我们得以生存、建设、发展的必由之路。我认为，世界各国虽然各自的历史背景和文化传统不同，但是，在世界上切实存在着一些已经被世界上大多数国家所认同的法治原则、规则与制度，例如，法律面前人人平等、法律至上、依法治国、法律的非溯及力、罪刑法定、罪刑相适应、法无明文不为罪、审判公开、未经合法审判不得宣告某人有罪，以及法律的公开性、法律的明确性、法律的一致性、法律的可行性、法律的稳定性等基本的法治原则。这些法治原则、规则与制度应当是为世界上所有共和国或者民主国家所共同遵守的；而这种认同和遵守的状态也不应以不同的社会制度和意识形态为转移，否则，它就不是现代国家，也不会为其他国家和民族所接受和认可。

---

1. Jan Peter Schmidt，Kodifikation，in: Jürgen Basedow，Klaus J．Hopt und Reinhard Zimmermann (Hrsg.)，Handw rterbuch des Europ ischen Privatrechts，Tübingen: Mohr Siebeck，2009，S．988—989.

2. Vgl．Helmut Köhler，Einführung，in: Bürgerliches Gesetzbuch，73．Auflage，München: Deutscher Taschenbuch Verlag，2014，S．XVI.

结论

什么不应是法治社会？

一、法治的概念之我见

综观各个时期的思想家们对于法治的概念的理解比较集中一点就是：法律的统治，或者法律之治。用现在的话说，就是“依法办事”，“依法治国”。这个说法得到比较普遍的认同。而我认为，这种把法治界定为法律的统治，或者依法之治的观点，不仅没有真正地解释清楚法治究竟为何物的问题；更没有把握住法治的核心内容。这种观点只不过是说出了对法治这个词的字面上的理解，而没有把握住法治的内在本质的东西，也可以说仅仅说出了法治的外在表象——或者说手段——依法治国。我认为，“法律的统治”或者“依法之治”，仅仅是对于法治的字面的理解，充其量仅仅是说出了法治在形式上和实施方法上的要求和特征——不是以个人的力量和智慧，而是以反映了全体公民意志的法律规则为治理国家的方法和工具。而如果真正界定法治这个词，还需要我们重新地思考这个问题。

我认为，法治的基本含义可以概括为：一个国家以现行的法律制度（体系）为基础的，治理国家和社会的基本理念、思维方式、实施方法和最终的目标、状态及结果的完整的综合体。总之，法治是以现行法律体系为基础的一种治国理念、一种思维方式、一种治国方法、一个治国目标。它实质上是人类所追求的一个理想社会，是一种哲理性的思辨。如果按照法治的要求来评价的话，人类社会当今所有的政体皆非严格意义上的法治社会。只有到了法治的理念深入社会和人

心，并且成为了人类的一种生活方式的那一天，人类的法治社会的理想才能真正实现。而且，就目前世界的现实情况而言，我认为，法治的核心乃是对于政府强制力行为的约束和限制。

二、法治的价值之我见

价值，是人类用于衡量达成精神共识所耗费的物质和精神资源的尺度标准。价值是一个比值。价值属于关系范畴，是指客体能够满足主体需要的效益关系，是表示客体的属性和功能与主体需要间的一种效用、效益或效应关系的一种哲学范畴，它具有最高的普遍性和概括性。法治的价值就是用于衡量法治的作用和效益的标准。法治的作用在于能够促进或者有利于法律实现其社会的功能，而不是有利于促进某些道德价值。法治的效益在于能够促进和有利于社会经济的发展。法治所表现出来的价值主要体现在以下几个方面：

（一）法治有助于人们正确地、自由地选择自己的生活方式

人们在社会中自由地选择自己的生活方式，是人的基本权利，但是，在专制社会里，这项基本权利不是每一个人都可以享受得到的。专制者们为了达到自己的目的，往往会给社会成员制造出无数的清规戒律和不能够涉足的所谓禁区。比如，通过立法和其他手段对人们的言论，学习和研究的内容及范围，某些人群或者阶层的衣着、乘坐工具、生活习惯等予以限制和控制。例如，在中国清代，统治者为了维护其统治就制造过规模浩大的文字狱，把许多书籍列为禁书，不准读书人阅读、研究，发现有违反此规定者，轻者关进大牢，重者杀头甚至满门抄斩，直至剿灭全族及其朋友门生；在中国汉代就有关于不准商人穿丝质衣服和乘坐舒服、漂亮的马车的规定；在欧洲中世纪也出现过教会焚毁科学书籍和迫害进步人士的历史；直至当今仍然还有个

别国家明确规定某些领域属于学者研究的禁区，命令学者们不得涉足他们指定的某些研究领域。而法治所特有的原则和制度，则恰恰可以防止和阻止此类情况之发生。在法治社会是不允许此类事情和情况发生的，否则，它就绝对不是法治社会。

（二）法治有助于善法的出现和适用

法治的前提是必须有良好的法律，良好的法律当然包括善法，所谓善法，即好的法令。《管子·任法》曰：“今天下则不然，皆有善法而不能守也。”佛曰：“五戒十善为世间之善法，三学六度为出世间之善法，浅深虽异，而皆为顺理益己之法，故谓之善法。”可见，“善法”是“恶法”的相对词，是指符合道理的正直法律，也是引导一切众生幸福的正法。法律固然有恶法与善法之分，因为，法律毕竟是人定法，既然是人定法就必然是人的意志的反映，人有七情六欲，人有优劣好恶，因此，只要是由人制定出来的法律，就不可能都是体现了公意、正义、公正的法律，否则就不会有法西斯法和专制法的出现了。在一个法治社会里，可以通过违宪审查、法律监督、宪法诉讼等多种方式，防止和减少恶法的出现，提高善法的通过率和出现率，以保持社会的正常发展。

（三）法治有助于维护和保卫人的生命、尊严与人格

虽然人的生命、尊严与人格是与生俱来、不可剥夺的，可是，在现实社会中，由于人性的恶的一面的存在，以及社会的日益复杂性，人的尊严与人格遭到侵犯甚至毁灭的现象仍然是层出不穷。远的不提，就在刚刚过去了十几年的20世纪里，不是也出现过迫害和屠杀犹太人和异教徒，迫害所谓政治异己分子，种族歧视等种种令人发指的史实吗？谁能担保在现在或者不远的将来，当年的悲剧不会重演！而法治对于人的生命、尊严和人格保护的基本原则，至少可以减少或者使那些试图再次利用他们手中非法的权力践踏人的生命、尊严和人格

的人的想法和目的不会轻易达到。六十多年前在欧洲和亚洲举行的那两场对于战争罪犯的世纪大审判，可能会给予人们更多的思考和安慰。

（四）法治可以弥补民主的缺陷

法治可以防止多数人借民主之名侵害少数人的自由和利益。因此，法治的一个重要职能或者说价值，就在于用法治的方法和力量防止一些人利用民主方式控制立法机关，进而制定出符合自己意志和利益的法律，从而以合法的形式侵害他人的自由与利益。因为，法治的核心乃是对于政府强制力行为的约束和限制。在法治社会里所建立起来的权力制衡、司法审查、宪法诉讼等机制，就是防止这种情况出现、弥补民主的缺陷的有利和最好的机制。

（五）法治有助于构建合理的、和谐的社会

社会需要法治，构建合理的、和谐的社会更需要法治。在当今世界，如果仅凭统治者的口头承诺或者信誓旦旦，是绝对不足以构建起和谐社会的。构建和谐社会的基础和前提就是法治，如果没有法治的保障，构建和谐社会那只能是海市蜃楼，望梅止渴。因为，只有法治才是最可靠的保障，除非未来人类能再发明、创造出比法治更加可靠的新的方式和举措。

（六）法治有助于促进社会公民心智的开启和开发

公民心智的成熟与开发需要良好的社会生活环境和条件。很难想象在一个生活水平极其低下、生存环境极其恶劣、政治氛围极其腐朽、思想心智极其闭塞、世风世俗极其混乱肮脏的社会环境里，会产生出苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、亚当·斯密、李嘉图、凯恩斯、牛顿、爱迪生、爱因斯坦那样的精英和科学巨擘。法治不但可以避免

和减少上述那样的社会出现的几率，并且还要成为构建能够创造出人类精英的光明社会的保护神和催生剂。这也是法治的职责和目的。

三、法治的本质之我见

法治是一种状态和过程。法治是法律被贯彻、运用、遵守的一种状态。这种状态是法律在处于动态中的过程和表现，静态中的法律产生不了法治的状态，它顶多是法治的前提，没有法律作为前提和基础，根本也就谈不上法治，因为，法治是法律被贯彻、适用、执行和遵守的过程。没有这个过程，也就产生不了法治的状态和结果。所以说，法律的被贯彻、执行、适用、遵守的过程，就是法治或者说法治的状态。这就是法治的本质。可见，法律是法治的基础，法治则是法律适用的标准和结果。而法律是不稳定的，它不可避免地会产生专制的权力，他极有可能会侵犯人的尊严和基本权利。而法治的任务则是在努力尽量地减小由法律产生的专制的可能性和危险性。因此，对法律提出法治的要求，就是要防止这种危险的发生。所以，如果从法治实现的方式及其与法律的区别来看，法治除了具有消除或者减少法律产生的专制的积极性的一面之外，其还具有被动和消极性的一面：它必须依赖于法律，法律是它的前提和条件，没有自成体系的、合理的、完整的法律体系作为前提和条件，就根本谈不上法治。从这一点来说，法治是法律的延续和发展，法律则又是法治的前提和条件。

四、法治的特征之我见

从以上对于法治的概念、价值和本质的论述，我们可以推演出法治所应当具有的基本的特征：

（一）必须有良好的法律为前提

法治虽然对法律有矫治的功能，但是，良好的法律依然是法治的前提和条件。没有一个良好的法律体系，法治的实现不仅是困难的，甚至是不可能的。因为，法治就是对法律的贯彻、适用、执行和遵守，没有良好的法律作为基础，法治何以实现。处于良好状态的法律是法治实现的前提。

那么，作为法治的基础的法律又应该有那些特征呢？（1）法律应当是已被公布的。没有被公布的法律不是法律，更不能作为司法和执法的依据。这是由法律的本质公开性所决定的。神秘的法律只能出现在奴隶社会和封建时代，或者是专制的国家和时代。（2）法律应是明确的。不明确、模糊、不确定的法律不仅不能称之为法律，而且还是十分有害的，因为，法律的不确定性，恰恰是专制、腐败和独裁的温床。（3）法律应是不溯既往的。这是一项基本的法治原则。就是不能用今天的规定去约束昨天的行为。（4）法律应当是可以遵守的。制定法律的目的就是要让人们去遵守，如果人们无法遵守或者不屑于去遵守法律，那就说明这个法律要么太不明确或者模糊不清，令人无所适从；要么就是恶法，如果人们去遵守它，就会给自己造成更大的损害或者伤害，给社会到来动荡和灾难。（5）法律之间应当是互相一致和协调的。制定的法律之间必须相互之间一致、协调，否则不如没有这些法律。相互之间矛盾的法律，不仅是不科学的，同时，肯定会给社会带来极大混乱和灾难。当人们面对的是一堆相互矛盾、相互排斥、相互对立、漏洞百出的法律时，人们还可能去遵守、执行、适用这些法律吗？当人们拿着对于同一个或者同一类的问题，却有着不同的判断是非的准则和标准的法律，去追求各自认为合法，但实质上却是极为矛盾的利益时，其结果就可想而知了。所以，构建起一个科学的、可行的，其内部协调、统一的法律体系，对于实现法治社会是至关重要的。（6）法律应是稳定的。不稳定的法律是法治的大敌。朝令夕改、不讲诚信，是为所欲为、专制独裁的温床。（7）法律要体现和反

映本民族和国家的传统与文化。就是要服水土。移植别人的法律到自己的地盘上使用，不是不可以，也不是没有先例，如美国对于英国法律的移植，但是，被移植的这些法律万万不可以不加区别、囫囵吞枣般地拿来就用，单纯的“拿来主义”是不适合法律移植的。法律属于意识形态的范畴，不同的意识形态不可能产生出同一的法律形态。如前文所述的美国在移植英国普通法的过程中所采取的对于英国普通法的态度和做法，可能会给予我们很好的启示。⑻法律应有一定的预见性和前瞻性。虽然法律是被动和消极的，是对于已经发生的问题的反映和修正，但是，在今天日新月异的世界里，法律的滞后和呆板，不仅会阻滞、影响社会的发展，更是法治的宿敌。因为，经济社会不静止，法律就不可能是静止的。

（二）应当具有相对的稳定性

虽然法治不是静止的，但绝不是说法治是可以随意变更和涂写的。对法律的稳定性的要求，也是对于法治的要求。法治的稳定性是社会正常发展的前提和必要。法治的不稳定性，必然导致社会的动荡与不安。

（三）社会成员间处于平等状态

社会成员间不因出身、受教育程度、人生的履历、财富的多寡、权力的大小等因素而享有同等的生活、学习、工作和获取幸福的机会，乃是法治的基本要求和法治社会的基本特征之一。在人类所追求的所有价值理念和要求中，平等应是排在第一位的，因为，如果社会中没有建立起平等的理念和制度，这个社会的其他的理念和制度也必定是不健全，甚至是自欺欺人的。平等的理论和观念是当年西方资产阶级反对封建制度的首选利器，他们所针对的就是封建时代的等级制度和观念。只要这些封建观念还根深蒂固在普通人的头脑里，这个社会无论如何也不会是什么法治社会。因而，法治社会中首先应当树立

起来的理念应当是——人人生而平等。这才是建设法治社会的基础和前提。

（四）治理社会必须以事先公布的明确规定为准则和依据

既然法律应当是已被公布的，那么，作为法律适用的标准和结果的法治自然也应当是以事先公布的明确规定为准则和依据。否则既违背了法律的特征，也不符合法治的原则。

（五）社会的管理者和政权的掌管者仅仅是法律的维护者，而不是社会成员命运和生活的主宰者

这是法治社会最重要的一个特征，也是法治理念的一个不可动摇的精神。如果在当今社会里，社会的管理者和政权的掌管者始终以社会的主宰和人民的主人自居，那么这样的社会不仅不是法治社会，应当仍然是封建或者专制社会。作为法律的维护者，他们要做的事情主要是保证已经颁布的法律得以贯彻执行，如果发生了与法律的规定相违背的事情或者行为，他们就要运用起法律赋予的职责立即地予以处置或者制止，以防止这种违法行为祸及社会和民众。而如果以社会和人民的主人自居，他首先想到的是，如何利用这次事件树立自己的威望，或者从中得到什么好处。这是法治社会和法治本身所坚决排斥和决不允许的。这也是造成社会危机和崩溃的罪魁。任何一个以权力为中心的社会是没有希望和前途的社会。因为，在这样的社会里，统治者可以随心所欲地对于任何一件事情作出任意的决策和决定，而无须经过民众的许可。而这种依靠某个或某些统治者的喜好而作出的决定，其结果往往会给社会和民众带来损害，甚至是灭顶之灾。所以，杜绝这种现象的唯一的利器，就是切实实行法治的管理和治理，防止和杜绝统治者成为社会成员命运和生活的主宰者，而非法律的维护者。

（六）法律的规范必须全面、缜密、细致、可行

既然法律是维护社会正常运行的准则和基础，社会的管理者的主要职责是保证已经颁布的法律得以贯彻执行，这就要求已经颁布的法律的本身必须是全面、缜密、细致、可行的。所谓全面，是指完整和周密。所谓缜密，是指细致精密，谨慎周密。所谓细致，是指细密精致，其原义是指细密的缯、练等丝织品。所谓可行，是指行得通，可以实行。也就是说颁布的法律必须完整、周密、谨慎、精致、行得通。而不是松散、粗陋、随意、行不通。这样的法律不仅不能作为法治的基础和前提，更不能达到法律的基本功能和价值。

（七）法律的适用和执行必须一视同仁

法律面前人人平等，是法治的一个基本要求和特征，这个理念早在美国独立战争和法国大革命的时代就已经为人们所熟悉和落在了字面上。法国《人权宣言》第6条明确规定：“法律对于所有的人，无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的”。中国现行宪法第33条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。” 因此，法律的适用和执行必须一视同仁，乃是法治的基本特征之一。

（八）法律的制定者、适用者和执行者都是自觉的遵守法律者

中国宪法第5条第4款规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”这就是法律的制定者、适用者和执行者都是遵守法律者这一法治特征在立法中的反映。这也是法治社会的基本特征之一。

（九）遵守法律者必须是自觉地遵守法律，而非被强迫的

这是人们对于法律的认知和认可度，亦即法律是属于善法还是恶法的问题。如果法律属于善法，对维护人民的权利和利益有利，人民自然会自觉地遵守和拥护；如果人民认为法律是恶法，不仅没有起到保护人民利益的作用，反而危害了人民的利益，那人民就不会自觉遵守，甚至会起来反抗，要求废除这个法律。如果统治者运用权力强制人民去遵守人民所反对的法律，那结果也只有两个，即：当统治者势力足够强大时，人民可能会暂时保持沉默和退让，而在高压下被迫承认统治者的统治和其所颁布的法律；而当人民的力量足够强大时，那么这个政权就可能一夜之间土崩瓦解，不复存在。历史上有多少的腥风血雨都是由于统治者的愚钝和不明智而造成的。这些教训应当引起统治者们足够的重视和警惕。

（十）社会成员对于现行的社会制度和法治状况基本满意

社会成员对于生活的满意程度，是衡量一个社会法治状况的晴雨表。这个满意程度的内涵可以概括为：对于生存环境的满意度；对于家庭成员身体健康情况的满意度；对于子女接受教育的满意度；对于家庭和自己居住状况的满意度；对于自己和家庭看病就诊情况的满意度；对于自己工作环境和所从事职业的满意度；对于自己的思想表达的自由程度的满意度；对于自己和家庭的文化生活的满意度；对于自己和家庭成员间关系的满意度；对于自己自由行动和休息、休闲状况的满意度；对于自己了解公共信息和国家社会发展状况的满意度；对于自己与周边人事关系和对外联络、交往的满意度；对于自己自由出入国境和参与国际交往的满意度；对于自己参与公共及社会事务的满意度；对于国家法治状况的满意度；对于当前市场上出售的日用生活商品的价格和质量的满意度；等等。只有社会成员中的大部分对于以上所列的各项指标和事物达到基本满意的程度，才体现了法治社会的特征。何为基本满意，对此有不同的看法。有人认为“基本满意”说到底还是有不满意的问题，评议者不能说满意，也不能说不满意，于是就说了个基本满意。但我以为，基本有根本的、主要的、大体上、大

部分的意思在内。一个社会状况不可能让社会所有的成员都满意，如果都满意了还需要法治干什么，还需要社会矫正机制干什么，还需要警察、法庭、监狱干什么。社会尤其是当代社会是一个异常的复杂体，如果一个社会的犯罪率较低，或者越来越低，这至少从一个侧面反映了社会成员对于社会制度和法治状况的基本认可或者说越来越认可；相反，如果犯罪率在一个时期内不降反升，社会矛盾也日渐尖锐，社会上怨声四起，甚至出现了在公共场合当众对现行制度或者法治状况公开违反或者破口大骂的情况，这就证明社会机制出了问题，社会的管理者就必须从现行制度和法治状况出发进行反思和警觉，否则，就会有意想不到的事情发生，甚至直接威胁到统治者的统治根基。所以，社会成员对于现行的社会制度和法治状况基本满意的状况，也是法治的重要特征之一。

（十一）法治观已经成为全社会成员共同的信念

所谓法治观，是指人们对法律的性质、地位、作用等问题的认识和看法。法治观的内容一般包括法律至上、以法治国的理念、意识与精神。法治观属于法律文化的范畴。在法律文化中，最重要的因素就是法律意识或称为法治观。社会成员对于法治观的理解和信奉的程度，是法治得以在社会中生存、发展和生根的前提和基础。法治观能否成为全社会成员共同信奉的信念，是法治及法治社会构建和确立及发展的基础。如果法治观尚未在社会中生根，要想尽快实现和进入法治社会是很困难和不可能的。因为，社会成员对于法治观的认可、信奉的程度的强弱、高低，将直接影响法治及法治社会的构建和发展的速度和程度。没有大众基础的法治就如同建设在沙滩上的房屋那样，一有风吹草动或者风暴，在沙滩上建筑起来的法治大厦会在顷刻之间土崩瓦解。

（十二）对于法律的遵守已经成为了人们的一种生活习惯

在一个法治社会里，遵守法律乃所有公民之天职。在他们的理念里，必需树立这样一个理念：只有大家都严格地遵守法律，自由才属于大家；破坏法律或者违反法律，就等于妨害了别人的自由；如果大家都在妨害别人的自由，这个社会就是个混乱的、没有秩序的社会；而没有秩序就意味着没有自由。所以，自觉地遵守法律成为人们的一种生活习惯，也是法治社会的一种表现，起码是走向法治的起点。

（十三）社会资源和财富能够大致合理分配

人类有史以来的全部活动，无非就是创造财富和分配财富两大部分，其他行为都是这两类行为的衍生物。政府的职责之一就是必须强有力地保护财富分配的原则。而这个财富分配的原则就是能够大致合理地分配社会资源和财富。从历史的参照系来看，均贫富是不可能产生繁荣富强的国家的。在历史上，任何一个国家、民族、时代、制度之下的社会都是呈现出金字塔形结构，即居于社会顶端的10%的精英，与位于底部的90%各阶层普通民众，只有这一结构才能保住社会稳定。

但是，从目前世界各国的情况来看，这10%的富人集团所拥有的财富在全部国民收入中所占的比例究竟是多少才算合理，或者说才能够保持社会基本的稳定呢？一般认为这个比例的临界点应在50%，也就是说，10%的富人集团所拥有的财富，在全部国民收入中所占的比例不得超过50%。如果突破了这个临界点，社会资源和财富合理分配的局面将被打破，这就意味着社会已经进入了一个由盛转衰的临界点。因此，任何一个负责任的政府对这一临界点必须严防死守，绝不能突破这一底线。否则，任何经济复苏的希望和社会发展的前景都只能是海市蜃楼般的虚幻。应当如何解决和应对这个问题呢？那就只有依靠法治的力量！在把社会财富的分配原则和比例写入宪法的同时，通过税法、社会慈善法、社会福利法、企业社会责任法等法律，来调节财富分配的结构。可以通过立法明确规定，一个企业或者经济实体

每年所得利润，如果不是用来扩大经营或者投资到新的生产领域，而是全部或基本上存在了国内外的银行和金融机构，或者用来购买大量的生活奢侈品和消费品，那么，这些所得利润的50%就要拿出来缴税，或者用在社会福利和慈善事业之上。否则，企业主就有可能因违反相关法律的规定，而遭到控告或起诉。这个控告者或者起诉人可以是相关的机构，也可以是公民个人。不如此，则不足以保证国家的长治久安。

实际上，上述的法治的这些特征也就是法治社会的特征。可以对二者作一并理解。

五、法治的原则之我见

原则有两层含义：一是指说话或行事所依据的法则或标准；二是指总的方面，大体上的意思。作为法学领域的原则概念，则是指立法、司法、执法等法治行为所应当遵循的法则或者标准。20世纪70年代以来，美国最有影响的法理学家罗纳德·德沃金针对功利主义法学和经济分析法学而提出了对于原则的界定的看法。他认为，除了法律规则外，原则也同样具有法律约束力。所谓原则，是分配性的，是指尊重和保障个人或由若干人组成的集团权利的一种政治决定。例如，支持反对种族歧视、主张少数民族享有平等的权利，就是一项权利。

那么，法治的原则究竟包含了哪些呢？对于这个问题历来就有不同的思想和观念。20世纪美国著名的新自然法学的主要代表人物朗·富勒，则提出了八项法治原则，这就是：法律的适用的普遍性，人的行为有章可循和同样情况同样处理；法律的公开性；法律的非溯及力，法律只能面向未来，不面向过去；法律的明确性；法律的一致性，法律自身应避免矛盾；法律的可行性，法律不应要求人们作无法实现的事情；法律的稳定性，法律不能朝令夕改；官方的行为与法律的一致性。而在这八个原则中，他认为，从法治的角度来看，最重要的是第

八个原则，他要求立法者和执法者严格执法，自己首先要带头遵守法律，用法律来约束自己的行为。只有这样，才可能真正做到坚持依法办事。

富勒关于法治原则的思想影响了以后很多学者。包括菲尼斯、拉兹这样有名的法学家。

我认为，富勒提出的这八个法治的原则，基本上总结出了法治所应遵循的基本原则。但是，在这八个原则之中，最重要的，且反映出实现法治的基本要求的是三个原则：

> 第一个原则是法律的公开性原则，这是法治的精髓之所在。它要求：在对公民采取法律行动的时候，比如将某人投入监狱，或者宣布没收他的财产，或者无辜地剥夺公民在社会上生存和工作权利，政府必须忠实地适用规则，而这些规则是作为公民必须遵守，且为事先公布的，已为社会和众人所知晓的，否则就根本谈不上法治。
>
> 第二个原则是法律的适用的普遍性，执法部门对事情的处理必须一视同仁。因为，在法治原则之下，对公民行为的控制不是通过就事论事的个别指令，而是借助体现类似案件会得到类似处理，这是法治的最基本的原则之一。否则，也根本谈不上法治。
>
> 第三个原则，尤其重要，那就是：官方的行为与法律的一致性。也就是说，立法者和执法者严格执法，同时自己要带头守法，用法律来约束自己的行为。他们不是人民的老爷，而仅仅是法律的维护者。只有这样，才可能真正做到坚持依法办事，才能获得民众的支持。就是说，政府要为民众彼此之间的交往提供一套健全而稳定的、带有框架性质的系统，而政府则仅仅是作为一个维护这套系统的完整性和可行性的卫士。

六、什么不应是法治社会

在探讨了法治社会的基本概念、价值、本质、特征和基本原则之后，就应当接着继续探讨什么不应是法治社会。我认为，尚存在或者具备以下诸种情形和特征的社会，就不应是法治社会：

没有良好法律的社会，不应是法治社会！

没有完整法律体系的社会，不应是法治社会！

没有相对稳定的法律体系的社会，不应是法治社会！

社会成员间存在明显的不平等现象的社会，不应是法治社会！

治理社会不是以已经公开颁布且明确规定的法律和规则为准则和依据的社会，不应是法治社会！

社会的管理者不是法律的维护者，而是社会成员命运和生活的主宰者的社会，不应是法治社会！

法律规范没有体现全面、缜密、细致、可行的特征的社会，不应是法治社会！

法律的适用和执行没有体现一视同仁的社会，不应是法治社会！

未经法定程序随意剥夺公民人身自由的社会，不应是法治社会！

未经法定程序随意给公民罗织有损其名誉和人格的恶名与诨号的社会，不应是法治社会！

政府的行动找不到现有法律依据的社会，不应是法治社会！

管理社会的人员对现行的法律和制度不甚了了的社会，不应是法治社会！

法律的制定者、适用者和执行者并非法律的自觉的遵守者的社会，不应是法治社会！

公民不是自觉地遵守法律而是被迫地遵守法律的社会，不应是法治社会！

社会成员对于现行的社会制度和法治状况明确表示不满意的社会，不应是法治社会！

社会成员没有安全感和稳定感的社会，不应是法治社会！

法治观尚没有成为全社会成员共同信念的社会，不应是法治社会！

对于法律的遵守尚没有成为人们的一种生活习惯的社会，不应是法治社会！

调整社会关系的主要依据并非公开颁布的法律，而是普通社会成员无权了解到的所谓“内部文件”的社会，不应是法治社会！

社会成员因无法公之于众的所谓“内部规定”而无辜地遭受到人身自由和人格的限制甚至因此而被剥夺了工作生存权利的社会，不应是法治社会！

丧失了判断是非标准的社会，不应是法治社会！

社会成员间分工不明相互僭越各自职分的社会，不应是法治社会！

社会资源和财富没有得到大致的合理分配的社会，不应是法治社会！

各类利益集团越来越成为立法活动的操纵者的社会，不应是法治社会！

造假成风，赝品遍地的社会，不应是法治社会！

膜拜权力，金钱至上的社会，不应是法治社会！

财富兼并，贫富分化的社会，不应是法治社会！

税负不公，财富集中的社会，不应是法治社会！

货币贬值，资产通胀的社会，不应是法治社会！

民力枯竭，内忧外患的社会，不应是法治社会！

依据上述的标准，当今世界上所有的社会皆非法治社会！

法治社会是人类追求的一种理想和目标！

后记

早在撰写《公司的历程》和《华夏商路》的同时，我就一直在思考着是否需要将人类法治的发展历程作一次全面的总结和梳理。因为前两本书所研究的都是经济学和商学的领域，而在法学方面目前中国国内尚缺乏类似的研究成果。我试图从多个角度开启一个法学研究的新的途径和方法，以拓宽和打破目前法学界各个部门法和学会之间研究领域的相对狭小的空间和彼此间闭塞的樊篱，从而为法学研究打开一扇更加敞亮、宽阔的天窗。于是，从2012年开始，我就开始主动地搜集这方面的资料。在搜集资料的过程中，我发现这个工程将是浩大的。因为，这方面的研究涉及到哲学、政治学、法学、历史学、宗教学、经济学、政治经济学等多个学科。在经历了3年的艰巨努力之后，这个工程终于大功告成了。但在这三年来我所经历的种种事件，现在回忆起来仍然令我回味不已。我衷心地感谢那些有意或者无意在我彷徨的关键时刻，帮助过我的人们，是他们帮助我开辟了一个又一个崭新的天地。我要用我的下半生的宝贵时光，完成我早已给自己定下的更多的工作和任务，这是我的使命，也是给予那些曾经帮助过我的人们的一个诚挚的回馈。

这部书的写作时间虽然只有短短三年，但是，它凝聚了我多年的研究心血，是我25年来（1990年发表第一篇法学学术论文）研究生涯的一个结点。我希望我的精力不会白费，我的研究方向、方法，必定会引起法学界其他学者的共鸣。

有人说我的研究领域过于宽泛，不似其他人那么专心和专业。但我想，这恰恰是我的特点和优势。我有意构建起我的学术研究的一个框架和模式，那就是——围绕法学这个点，构架起一个涵盖整个社会

科学和人文科学的一个学术和文化的大厦。让自己的思绪和才华在自由的天空中飞翔，让自己的无尽的遐思去触摸那些人类共同的文明成果。

这也许才是我的理想！

2015年7月4日

作者简介

苗延波，1963年6月出生于上海市。著名商法学专家。自2001年以来先后出版过《外国民商经济法选粹》（合著）、《刑法学》、《中国商法体系研究》、《商法通则立法研究》、《中国民法体系研究》、《郭沫若的学术人生》、《苗延波法学文集》、《公司的历程》、《华夏商路》、《中国法制史》等多部学术专著。在中外学术期刊和出版物上发表学术论文100余篇。研究方向为民法学、商法学、中外法律文化。

书稿简介

本书以宽阔的视野，流畅、丰富、饱含激情的笔触，向人们展示了5000年以来人类在实现法治的前进道路上所走过曲折、艰巨的发展历程。整部作品气势恢宏、结构严谨、语言生动、信息量大、内容丰富、可读性强，研究领域涉及哲学、政治学、法学、历史学、宗教学等多个学科，是一部难得的集学术研究与知识普及于一体的好书。适合于所有大学的法学院（法律系）、政治学院、历史学院的教师与学生，国家立法、司法、执法以及其他机关、企事业单位的工作人员，以及对法学和法治感兴趣的各届的读者和朋友阅读、学习、参考。同时，也可以作为一部普及法治思想和法治观的畅销书和教材。

该部书是作者在完成《公司的历程》和《华夏商路》两部经济类学术专著之后，再次奉献给读者的一份更加珍贵的礼物。

该部书是作者所写的《公司的历程》和《华夏商路》两部书的姊妹篇，前两部著作向人们展现的是人类经济活动的轨迹和历程，而这部著作则向人们展示了人类法律与法治活动的轨迹及历程。它们之间相得益彰，互相补充，全面地涵盖了人类经济、法治活动的全貌。如果将三部著作结合起来阅读，相信定会从中获得更多的裨益。

（该书稿于2016年6月由新华出版社出版）